# Die rechtliche Behandlung von Kollisionen im rechtsgeschäftlichen Bereich zwischen GmbH- und KG-Recht in einer personalistischen GmbH & Co KG, deren Gesellschaftsverträge nicht aufeinander "abgestimmt" und "verzahnt" sind

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Michael Schmidt-Ruthenbeck
aus Ihmert

---

1974

1973

# Die rechtliche Behandlung von Kollisionen im rechtsgeschäftlichen Bereich zwischen GmbH- und KG-Recht in einer personalistischen GmbH & Co KG, deren Gesellschaftsverträge nicht aufeinander "abgestimmt" und "verzahnt" sind

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Michael Schmidt-Ruthenbeck
aus Ihmert

---

1974

| | |
|---|---|
| Erster Berichterstatter: | Prof. H. Westermann |
| Zweiter Berichterstatter: | Prof. D. Reinicke |
| Dekan: | Prof. Wessels |

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juli 1973

# Inhaltsverzeichnis


| | Seite |
|---|---|
| 1. Kapitel: Problemstellung | 1 |
| 2. Kapitel: Allgemeiner Überblick über die GmbH & Co KG | 8 |
| A. Zulässigkeit, Bedeutung und Gründungszwecke | 8 |
| B. Die personalistische "identische" und "nicht-identische" GmbH & Co KG und deren Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen | 8 |
| I. Die GmbH & Co KG mit nur einer GmbH als Komplementärin | 15 |
| II. Die GmbH & Co KG als Rechtsform für ein einheitliches Unternehmen | 15 |
| III. Die "identische" - "nicht-identische" GmbH & Co KG | 18 |
| IV. Die personalistische GmbH & Co KG und die körperschaftliche GmbH & Co KG | 21 |
| V. Die GmbH & Co KG mit gesellschaftsrechtlichem Schwergewicht in der GmbH - in der KG | 27 |
| VI. Anhang: Die personalistische identische und nicht-identische GmbH & Co KG als Gegenstand der Darstellung | 29 |
| 3. Kapitel: Theoretische Grundlagen zur Lösung der Kollisionsfälle in einer personalistischen GmbH & Co KG | 31 |
| A. Einleitung | 31 |

Seite

B. Ergänzende Vertragsauslegung, Rechtsfortbildung und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als theoretische Ansatzpunkte 38

I. Die ergänzende Vertragsauslegung - unter Berücksichtigung von KG und GmbH 41

II. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht - unter Berücksichtigung von KG und GmbH 44

III. Die Abgrenzung von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung 49

1. Vorschlag von Treeck 49

2. Eigener Abgrenzungsversuch zwischen gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung 54

a) Ergänzende Vertragsauslegung und § 242 BGB 55

b) Ergänzende Vertragsauslegung, Rechtsfortbildung und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht 66

IV. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Rahmen der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung als Lösungsweg für die Kollisionsfälle 71

1. Mögliche Einschränkung der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung durch bestehende dispositive Gesetzesvorschriften 77

2. Mögliche Einschränkung der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung in der GmbH durch die "normähnliche" Auslegung einer Satzung 83

3. Begrenzte Einschränkung der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung in der GmbH durch die notarielle Form der Satzung 109

C. Die Analogie als Lösungsweg für die Kollisionsfälle 116

Seite

4. Kapitel: Die einzelnen Kollisionsfälle in der identischen personalistischen GmbH & Co KG 124

A. Abtretung des GmbH-Anteils 124

I. Für die Doppelgesellschaft vorgeschlagene Lösungen 125

1. Analoge Anwendung des § 738 I BGB 125

2. Analoge Anwendung des § 139 BGB 127

II. Eigene Lösung 130

1. Keine Abweichung von § 15 I GmbHG im Außenverhältnis 130

2. Die Pflicht, von der Abtretungsbefugnis in der GmbH keinen Gebrauch zu machen 145

a) Bedeutung des personalistischen Zuschnitts der Gesellschaft 145

b) Bedeutung der Funktionseinheit 15o

3. Rechtliche Folgen einer pflichtwidrigen Abtretung 154

a) Anspruch auf Rückerwerb der Beteiligung 154

b) Ausschluß des Neugesellschafters aus der GmbH 155

c) Rechtliche Behandlung des Veräußerers 161

B. Abtretung des KG-Anteils 164

C. Pfändung und Verpfändung 165

I. Verpfändung des KG-Anteils 165

II. Pfändung des KG-Anteils 166

III. Verpfändung des GmbH-Anteils 168

1. Rechtslage vor Verwertung 168

2. Rechtslage nach Verwertung 172

Seite

IV. Pfändung des GmbH-Anteils 172

1. Rechtslage vor Verwertung 174
2. Rechtslage nach Verwertung 176

D. Neuaufnahme durch Kapitalerhöhung 177

E. Auflösung und Fortsetzung durch Beschluß 182

F. Kollisionen im Bereich der Geschäftsführung 185

I. Abberufung eines Geschäftsführers 185

1. Abberufung eines Fremdgeschäftsführers 187
2. Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers 188

II. Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung 197

1. Einfluß im Falle der Fremdgeschäftsführung 198
2. Einfluß im Falle der Geschäftsführung durch Gesellschafter 199

III. Haftung des Geschäftsführers 205

1. Problemstellung 2o5
2. Lösung der herrschenden Meinung 206
3. Lösung von Reinfeld 2o7
4. Kritik der Lösung von Reinfeld 209
5. Eigener Lösungsvorschlag im Anschluß an die herrschende Meinung 215

G. Wettbewerbsverbot 216

5. Kapitel: Die Kollisionsfälle in einer nicht-identischen personalistischen GmbH & Co KG 219

A. Die nicht-identische personalistische GmbH & Co KG, wenn kein Gesellschafter sowohl Mitglied der GmbH als auch der KG ist 22o

Seite

I. Allgemeine Grundsätze zur Lösung der Kollisionsfälle 220

II. Die einzelnen Kollisionsfälle 228

1. Abtretung, Pfändung, Verpfändung und Neuaufnahme durch Kapitalerhöhung 228

a) Rechtliche Folgen, wenn die GmbH aus einem Gesellschafter besteht 230

aa) Abtretung 230
bb) Verpfändung 232
cc) Pfändung 232
dd) Kapitalerhöhung 233

b) Rechtliche Folgen, wenn die GmbH aus mehreren Gesellschaftern besteht 234

aa) Abtretung 236
bb) Verpfändung und Pfändung 237
cc) Neuaufnahme durch Kapitalerhöhung 237

2. Auflösung und Fortsetzung durch Beschluß 237

3. Kollisionen im Geschäftsführungsbereich 238

B. Die nicht-identische personalistische GmbH & Co KG, wenn ein oder einzelne Gesellschafter an der GmbH und an der KG beteiligt sind 239

6. Kapitel: Ergebnis 242

## Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Achterrath: Die Nebenleistungsverpflichtungen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Köln 1937

Ballerstedt: Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949

Barth: Die Finanzierungs-GmbH & Co KG bei Großinvestitionen in steuerlicher und wirtschaftlicher Sicht, GmbHR 1971, S. 77

Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch, 18. Aufl., München, Berlin 1968

Baumbach-Hueck: GmbH-Gesetz, Kommentar, 13. Aufl., München 1970

Boesebeck: Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt 1938

Böttcher: GmbH & Co KG - die moderne Unternehmensform, Stuttgart 1966
zit.: Unternehmensform / GmbH & Co KG

- Ausschluß einer Komplementär-GmbH von der Beteiligung am Gewinn und Verlust ihrer GmbH & Co KG in "Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG", Köln 1969
zit.: Aktuelle Probleme

Brodmann: Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Berlin 1924

Brönner/Bünz: Die GmbH & Co KG, 1971

Brox: Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960

Buchwald: Verpfändung und Pfändung von GmbH-Anteilen in GmbHR 1959, S. 254, 1960, S. 5 f

- Eine neue Variante der GmbH & Co KG in GmbHR 1969, S. 90 f, 1970, S. 50 f

Bulla/Hackbeil: Handbuch der Personengesellschaften von H. Westermann, Scherpf, Paulick, Bulla und Hackbeil
zit.: Handbuch

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964

Degen: Gegenseitiges Treueverhältnis zwischen Gesellschaftern einer GmbH in JW 1929, S. 1346

Deutler: Reformfragen der GmbH & Co KG in DB 1970, S. 381 ff, S. 429 ff

Dornfeld: Die steuerliche Belastung der GmbH & Co im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen in "Aktuelle Probleme der GmbH & Co", Köln 1969

Ennecerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. bearbeitet von Nipperdey, Tübingen 1959 und 1960

Entwurf, Stenographische Bericht über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, I. Sess. 1890/92, 5. Anlagenband, Berlin 1892, S. 3715 ff
zit.: Entwurf

Esser, Josef: § 242 BGB und die Privatautonomie in JZ 1956, S. 555 ff

Feine: Die GmbH in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 3., Leipzig 1929

Fetsch: Die GmbH & Co im Steuerrecht, 1. Aufl., Düsseldorf 1964

Fischer, Robert: Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedsrechte in NJW 1954, S. 777 ff

- Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteiles, GmbHR 1961, S. 21 ff

- Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, S. 117 - 137
zit.: Personalistische GmbH

- Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG, GmbHR 1953, S. 131 ff

- Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 1959, S. 1057 ff

Fleck: Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1970, S. 221 ff

Flume: Rechtsgeschäft und Privatautonomie in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I, 1960, S. 135 ff

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965
zit.: Allg. Teil

George: Sachfirma der GmbH bei einer GmbH & Co KG in BB 1964, S. 326 f

Geßler: Probleme der GmbH-Rechtsform in GmbHR 1966, S. 102 ff

Goldbaum: Kartellrecht und Kartellgericht, 2. Aufl., Berlin 1926

Goldschmidt: Die Aktiengesellschaft, Handelsgesetz §§ 178 - 319, München 1927

Gonella: Kann die GmbH & Co KG Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin sein? DB 1965, S. 1165

- Verwertungsmöglichkeiten eines Geschäftsanteils bei zwangsweisem Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund und ihre rechtlichen Auswirkungen, Diss. Freiburg 1965 zit.: Verwertungsmöglichkeiten

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., Berlin 1959 zit.: Kommentar

Henckel: Die ergänzende Vertragsauslegung in AcP 159, S. 106

Henze: Die GmbH & Co KG, 4. Aufl., Stuttgart

Hesselmann: Handbuch der GmbH & Co KG, 11. Aufl., Köln 1970 zit.: Handbuch

Hoffmann, Thomas: Die Klagebefugnis des GmbH-Gesellschafters (actio pro socio), GmbHR 1963, S. 61 ff

Hoffmann, Erich: Kartellkündigung nach der Kartellverordnung und GmbH-Recht, Leipzig 1930

Hofmann, Paul: Anmerkungen zum Urteil des OLG Stuttgart vom 20.5.1966 in GmbHR 1967, S. 97 ff

Howaldt: Gefahren der GmbH & Co KG, Diss. Hamburg 1965

Hueck, Alfred: Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947 zit.: Treuegedanke

- Der Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH, DB 1951, S. 108

Immenga: Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg v.d.H. 1970

Ippen: Die GmbH & Co KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin, Diss. Münster 1967

Jacobshagen: Die Rechtsform und die internen Rechtsverhältnisse der wirtschaftlichen Kartelle, Leipzig 1909

Knur: Besprechung des Handbuchs der GmbH & Co KG von Hesselmann in DNotZ 1964, S. 703

Kühn, Manfred: Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihre Reform, Hamburg 1964
zit.: Minderheitsrechte

- Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen? GmbHR 1970, S. 201 ff

Küster: Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954

Langen: Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied 1958, 4. Aufl. seit 1964

Larenz: Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, S. 737

- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 1969
zit.: Methodenlehre

- Lehrbuch des Schuldrechts, 9. Aufl., München, Berlin 1968

Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963

Limbach, Jutta: Der Referentenentwurf zum neuen GmbH-Gesetz und der Trend zum Unternehmensrecht, GmbHR 1970, S. 87 ff

- Theorie und Wirklichkeit der GmbH. Die empirischen Normaltypen der GmbH und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung, Berlin 1966
zit.: Theorie

Loewenberg: Kartellorganisation und Kartellkündigung, ZHR 89, S. 296

Lüderitz: Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966

Mangold: Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung, NJW 61, S. 2284 ff

Martens, Klaus-Peter: Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, Diss. Köln 1970

Masur: Zum Ausschluß eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grunde, NJW 1949, S. 407

Mertens: Die Einmann-GmbH & Co KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischung, NJW 1966, S. 1049 ff

Müller-Gries: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Frankfurt 1959

Müller, Klaus: Die Verpfändung von GmbH-Anteilen, GmbHR 1969, S. 4 ff, 34 ff, 57 ff

Naegeli: Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, I. Bd., Berlin, Zürich 1936, II. Bd., Berlin, Zürich 1941

Nitschke: Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Berlin 1970

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1927 ff

Pilz: Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung, Diss. Freiburg 1962

Pinzger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar

Reinfeld: Die Haftung des Geschäftsführers der GmbH & Co KG, Diss. Hamburg 1970

Sandrock: Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966

Schäfer, Günter: Zulässigkeit und rechtliche Grenzen der GmbH & Co KG, Diss. Frankfurt 1966

Schaudweit/Paul: Die gegenseitigen Treuebindungen der GmbH-Gesellschafter, GmbHR 1970, S. 5 ff

Schilling, Wolfgang: Rechtspolitische Gedanken zur GmbH & Co KG in "Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie - Festschrift für Otto Kunze", S. 189 ff, Berlin 1969 zit.: Gedanken

- Die GmbH & Co KG - Bemerkungen zu dem Handbuch der GmbH & Co KG von Hesselmann, JR 1964, S. 252 ff

- Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, JZ 1953, S. 489 ff

Schlegelberger: Handelsgesetzbuch, erläutert u.a. von Geßler und Hildebrandt, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt 1960, 1963, 1965

Schmidt, H.M.: Ist der Siegeszug der GmbH & Co KG noch aufzuhalten? GmbHR 1965, S. 7 ff

- Die gegenseitige Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter, GmbHR 1960, S. 137 ff

Schönle/Enßlin: Zur Abberufung von Gesellschaftergeschäftsführern gem. § 38 I GmbHG in GmbHR 1968, S. 23 ff und 1969, S. 103 ff

Scholz: Ausschließung und Austritt, 3. Aufl., Köln 1950
zit.: Ausschließung

- Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln 1964
zit.: Kommentar

- Treu und Glauben im Recht der GmbH, GmbHR 1949, S. 71 ff

Strehmel: Die Kündigung der GmbH-Kartelle, Jena 1927

Simon: Kann die GmbH & Co KG Inhaberin der Geschäftsanteile ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin sein? DB 1963, S. 1209 ff

Sudhoff: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co KG
- Kommentar und Formularbuch, München 1967
zit.: GmbH & Co KG

- Der Gesellschaftsvertrag der GmbH - Kommentar und Formularbuch, 2. Aufl., München 1969
zit.: GmbH

- Gesellschaftsrechtliche Gefahrenpunkte im Vertrage der GmbH & Co KG, "Aktuelle Probleme der GmbH & Co", Köln 1967
zit.: Aktuelle Probleme

Teichmann: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970
zit.: Gestaltungsfreiheit

- Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962

Thiel: Die kapitalistisch organisierte GmbH & Co KG, DB 1968, S. 1870 ff

Tillmann: GmbH & Co KG: Ein Weg zur Vermögensbildung und Mitbestimmung, Betrieb 1970, S. 2157 ff

Treeck: Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, Berlin 1968

Veismann: Verbreitung und wirtschaftliche Bedeutung der GmbH & Co KG, GmbHR 1969, S. 69 ff

Vogel, Wolfgang: Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, Köln 1968

Westermann, Harm Peter: Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin 1970
zit.: Vertragsfreiheit

Westermann, Harry: Die Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auszulegenden Willensaktes, Festschrift für Karl Arnold, Opladen 1955, S. 281 ff
zit.: Festschrift

- Handbuch der Personengesellschaften von H. Westermann, Scherpf, Paulick, Bulla und Hackbeil
zit.: Handbuch

Wieacker: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, "Recht und Staat", Heft 193/194, Tübingen 1956
zit.: Präzisierung

- Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958

Wiethölter: Die GmbH & Co KG - Chancen und Grenzen, "Aktuelle Probleme der GmbH & Co", Köln 1967

Wiedemann: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München, Berlin 1965

Wieland: Handelsrecht, München, Leipzig 1921 / 1931

Winkler: Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das Recht der Personengesellschaften, München 1967
zit.: Lückenausfüllung

Winterfeld: Betrachtungen zur GmbH-Gründung, NJW 1948, S. 86 ff

Wolany: Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964

Würdinger: Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937

Zielinski: Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaft, Marburg 1925

Zöllner: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963

## 1. Kapitel

## Problemstellung

Die vertragliche Gestaltung einer GmbH & Co KG bringt häufig Schwierigkeiten mit sich, die sich ihrer Art nach von denen unterscheiden, die im allgemeinen beim Entwurf eines Gesellschaftsvertrages bestehen. Der Grund liegt darin, daß die GmbH & Co KG in der Regel zwei juristische Organisationsformen unterschiedlicher Struktur - eine Kapital- und eine Personalgesellschaft - miteinander verbindet, wirtschaftlich jedoch nur den Rahmen für ein einheitliches Unternehmen darstellt. [1)]

In diesen Fällen muß die Einheitlichkeit des Unternehmens der GmbH & Co KG durch eine besondere Ausrichtung [2)] der Gesellschaftsverträge von KG und GmbH gewahrt werden. Läßt man die vom Gesetzgeber vorgesehenen Normalstatuten von GmbH und KG nebeneinander bestehen, so kann es zu Kollisionen kommen, da das GmbH-Gesetz und die Bestimmungen des HGB über die KG die gleichen Sachverhalte zum Teil unterschiedlich regeln. So wird z.B. in der GmbH nach Anteilen, nicht nach Köpfen wie in der KG abgestimmt; die Abtretung eines GmbH-Anteiles ist nach dem Gesetz unbeschränkt möglich, während eine KG-Beteiligung

1) Schilling, Gedanken, S. 191

2) Bei dieser Ausrichtung lassen sich zwei Formen unterscheiden: die "Abstimmung" der Verträge und die "Verzahnung", vgl. unten S. 3

grundsätzlich nur mit Zustimmung aller Gesellschafter veräußerlich ist; die Neuaufnahme eines Gesellschafters kann im Rahmen der KG nur einstimmig, in der GmbH dagegen mit Dreiviertelmehrheit beschlossen werden.[1)]

In der Regel widerspricht ein Nebeneinander der unterschiedlichen Regelungen von GmbH- und KG-Recht den Interessen der Gesellschafter einer GmbH & Co KG, da Funktionsfähigkeit und Einheitlichkeit der GmbH & Co KG beeinträchtigt werden.

Besonders deutlich treten die Kollisionen zwischen den unterschiedlichen Rechtsvorschriften und die dadurch hervorgerufenen Gefahren für die GmbH & Co KG bei Identität von GmbH- und KG-Gesellschaftern und gleichem Beteiligungsverhältnis in beiden Gesellschaften hervor. Die Aufnahme eines Dritten allein in die GmbH ohne entsprechende Veränderung in der KG würde die Machtverhältnisse in der GmbH & Co KG verschieben. Die Gesellschafter hätten als Mitglieder der GmbH nicht mehr den ihrem ursprünglichen Beteiligungsverhältnis entsprechenden Einfluß auf die GmbH, wodurch sich auch ihr Einfluß auf die Geschäftsführung der KG verschieben würde.

Die Kollisionen können durch eine Anpassung der Gesellschaftsverträge nahezu vollständig

---

1) Sudhoff, GmbH & Co KG, Vorwort V; vgl. allgemein zu den Gefahren in der GmbH & Co KG, Howaldt, Gefahren der GmbH & Co KG

vermieden werden.[1] Dabei sind zwei verschiedene Fragen zu unterscheiden: einmal kann es erforderlich sein, die Gesellschaftsverträge von KG und GmbH aufeinander "abzustimmen", indem man die GmbH-Vorschriften an die der KG anpaßt bzw. umgekehrt verfährt, so daß z.B. die freie Abtretbarkeit sowohl für den GmbH- als auch den KG-Anteil vereinbart wird bzw. beide in gleicher Weise für unabtretbar erklärt oder daß in beiden Gesellschaften die gleichen Mehrheitsverhältnisse für Abstimmungen vereinbart werden.[2] Zum anderen ist es darüber hinaus bei einer GmbH & Co KG mit denselben Gesellschaftern in GmbH und KG zur Vermeidung von Kollisionen häufig ratsam, Vorsorge dagegen zu treffen, daß ein Gesellschafter von seinen Rechten in den "Teilgesellschaften" unterschiedlichen Gebrauch macht. Dazu müssen die Gesellschaftsverträge "verzahnt" werden,[3] d.h. es ist z.B. vertraglich sicherzustellen, daß die in beiden "Teilgesellschaften" eingeräumten Abtretungs- oder Kündigungsmöglichkeiten nur einheitlich wahrgenommen werden, daß also beide Gesellschaften nur gemeinsam gekündigt bzw. die Gesellschaftsanteile von GmbH und KG nur zusammen an dieselbe

---

1) Vor allem Sudhoff zeigt eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten für die verschiedensten Interessenlagen auf, die alle die Vermeidung von Kollisionen im Auge haben, vgl. Sudhoff, GmbH & Co KG

2) Vgl. Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 232; Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 34 ff; ders., GmbHR 1966, S. 50 ff; Böttcher, GmbH & Co KG, S. 34

3) Vgl. Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 35, 388, 111; ders., Aktuelle Probleme, S. 65 f; Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 232 - beide Autoren benutzen den Begriff "Verzahnung"

Person abgetreten werden.

Da die "Abstimmung" und "Verzahnung" der Gesellschaftsverträge von GmbH und KG erhebliche Schwierigkeiten bereiten,[1] werden in der Praxis häufig einzelne Kollisionsfälle nicht vorhergesehen und durch entsprechende Formulierungen im voraus vermieden.

Einen Versuch eigener Art, die Probleme der Vertragsgestaltung zu bewältigen, stellt die Gründung einer "Einheitsgesellschaft" dar, bei der die KG Inhaberin der Anteile der GmbH ist. Ausführlich hat sich Ippen mit dieser Form der GmbH & Co KG beschäftigt. Ippen sieht den Nachteil der normalen GmbH & Co KG darin, daß die Gesellschafter auf zweierlei Weise an einem einheitlichen Unternehmen beteiligt sind. Die doppelte Beteiligung sei nicht nur unnatürlich, sondern führe auch zu einer ganzen Reihe von Umständlichkeiten.[2] Diese Schwierigkeiten werden nach Ansicht von Ippen vermieden, wenn die Beteiligung an der GmbH und an der KG dadurch auf eine Beteiligung nur an der KG zurückgeführt werden, daß die KG unter ihrer Firma sämtliche GmbH-Anteile erwirbt. Statt den Kommanditisten persönlich zu gehören, stehen die Anteile dann gesamthänderisch allen Gesellschaftern, also auch der GmbH selbst zu (§§ 161 II, 105 II HGB, 718 BGB); die Kommanditisten können keine Verfügung über die GmbH-Anteile treffen (§§ 161 II, 105 II HGB, 719 BGB). Soweit aber der Gesellschaftsvertrag der KG eine ganze oder teilweise Veräußerung der Beteiligung gestattet, wird der Erwerber mit der Kommanditbeteiligung automatisch entsprechend an deren Vermögen und damit an den GmbH-Anteilen beteiligt. Die Beteiligung an dem von der GmbH & Co KG betriebenen Unternehmen wird damit auch rechtlich zu einer Einheit. Verfügungen über sie richten sich nur noch nach §§ 105 ff HGB sowie nach den

---

1) Deutler vermutet, die Fehler, die bei den vielen Gründungen von GmbH & Co KGs in der jüngsten Zeit gemacht worden seien, würden sich erst zeigen, wenn diese Unternehmen von der zweiten oder dritten Generation übernommen würden, DB 1970, S. 429

2) Vgl. dazu im einzelnen Ippen, S. 38

Bestimmungen im KG-Vertrag. Vertragliche Übertragungsverpflichtungen zur Sicherung der Beteiligungsparität brauchen den Gesellschaftern dann nicht mehr auferlegt zu werden.[1]

Zur Lösung der Abstimmungs- und Verzahnungsproblematik in der GmbH & Co KG hat sich bisher die Einheitsgesellschaft nicht durchsetzen können. Die Zulässigkeit dieser Form der GmbH & Co KG ist bestritten.[2] Auch diejenigen Autoren, die für die grundsätzliche Anerkennung der Einheitsgesellschaft sprechen, verkennen nicht, daß die Einheitsgesellschaft zusätzliche Probleme aufwirft. Einmal ist eine besondere vertragliche Ausgestaltung erforderlich - allein mit der Übertragung der GmbH-Anteile auf die KG ist es nicht getan -, zum anderen sind eine Reihe von Zweifelsfragen noch nicht endgültig, insbesondere nicht höchstrichterlich geklärt.[3] Deshalb vertritt z.B. Sudhoff, der grundsätzlich die Einheitsgesellschaft anerkennt, die Meinung, die Einheitsgesellschaft stelle für die Probleme der GmbH & Co KG keine einwandfreie Lösung dar und es sei daher besser, die Verträge von GmbH und KG in der umständlichen, aber bewährten Weise durch ausdrückliche Vertragsbestimmungen soweit als möglich abzustimmen und zu verzahnen.[4]

Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Einheitsgesellschaft wird insbesondere unter den Gesichtspunkten der Stimmrechtsausübung in der Komplementär-GmbH und des Gläubigerschutzes in Frage gestellt.

---

1) Ippen, S. 39

2) Vgl. Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 47 ff; die Einheitsgesellschaft erkennen neben Ippen an: Simon, Betrieb, 1963, S. 1209; Mertens, NJW 1966, S. 1054; Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 253; ders., GmbHR 1965, S. 13; Baumbach-Duden, HGB § 161 2 c; Brönner/Bünz, S. 25 ff; a.A. Gonella, DB 1965, S. 1165; Wiethölter sieht die Einheitsgesellschaft für die Synchronisation der Verträge als hilfreich, aber nicht als erforderlich an, Aktuelle Probleme, S. 48; vgl. auch die kritische Stellungnahme von Sudhoff, Aktuelle Probleme, S. 71 f

3) Hesselmann, GmbH & Co KG, 11. Aufl., S. 215 f; Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 48 - 56

4) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 56

Das Stammkapital der GmbH kann in einer Einheitsgesellschaft dadurch ausgehöhlt werden, daß die KG die Anteile der GmbH von den GmbH-Gesellschaftern mittels der von der GmbH geleisteten Komplementäreinlage erwirbt. Damit fließt wirtschaftlich die Komplementäreinlage der GmbH den GmbH-Gesellschaftern zu deren freien Verfügung zu, ohne daß der KG formell Vermögen entzogen worden ist. Diese Gefahr der Aushöhlung hat zu der Meinung geführt, der entgeltliche Erwerb der GmbH-Geschäftsanteile könne nur dann zulässig sein, wenn der Kaufpreis aus dem über die Einlage der GmbH hinausgehenden Vermögen der KG geleistet werde oder wenn die Einbringung der GmbH-Geschäftsanteile im Wege der Einlage ohne Gegenleistung erfolge.[1] - Die Stimmrechtsausübung ist in der Einheitsgesellschaft problematisch, weil in der Gesellschafterversammlung der GmbH die Kommanditgesellschaft, vertreten durch ihren Komplementär, die GmbH, als einziger Gesellschafter vertritt, was z.B. dazu führt, daß die Geschäftsführer der GmbH über ihre eigene Abberufung zu entscheiden haben.[2] Dieses Problem, so wird vorgeschlagen, lasse sich dadurch lösen, daß die GmbH im Innenverhältnis als Komplementär insoweit entmachtet werde,als es sich um die Regelung ihrer eigenen Gesellschaftsverhältnisse handele. Man könne ihr die Geschäftsführungsbefugnis ganz oder teilweise entziehen und sie von den Weisungen der Kommanditisten abhängig machen.[3]

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, Grundsätze zur Behandlung einer GmbH & Co KG zu entwickeln, deren "Teilgesellschaften" im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Unternehmens nicht ausreichend durch vertragliche Regelungen "abgestimmt" und

---

1) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 50; Hesselmann, GmbH & Co KG, 11. Aufl. S. 216

2) Hesselmann, GmbH & Co KG, 11.Aufl. S. 216

3) Hesselmann, GmbH & Co KG, 11. Aufl. S. 216 unter Verweis auf Mertens, NJW 1966, 1054; Sudhoff, Aktuelle Probleme, S. 70

"verzahnt" sind.[1)]

Es wird sich zeigen, daß die Gesellschafter einer GmbH & Co KG grundsätzlich auch ohne derartige ausdrückliche Bestimmungen verpflichtet sind, die Einheitlichkeit des Unternehmens über die ihnen in den "Teilgesellschaften" formal zustehenden Rechte zu setzen.

Bevor wir uns im einzelnen der Frage zuwenden, wie eine nicht ausreichend "abgestimmte" und "verzahnte" GmbH & Co KG zu behandeln ist, soll ein kurzer Überblick über die GmbH & Co KG, ihre Erscheinungsformen und die mit ihr verfolgten Zwecke gegeben werden. Die spätere Darstellung der Kollisionsprobleme wird sich nur an typischen Erscheinungsformen orientieren können, die es zunächst herauszustellen gilt.

---

1) Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird nicht untersucht, welche Gefahren für die Einheitlichkeit einer GmbH & Co KG durch den Tod eines Gesellschafters entstehen und wie ihnen zu begegnen ist, falls keine ausreichende testamentarische Vorsorge getroffen worden ist. Die Behandlung der erbrechtlichen Fragen einschließlich der allgemeinen Verquickung zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht hätte den für die Arbeit vorgegebenen Umfang zu weit überschritten.

## 2. Kapitel

## Allgemeiner Überblick über die GmbH & Co KG

### A. Zulässigkeit, Bedeutung und Gründungszwecke

Früher war umstritten, ob die GmbH & Co KG eine gesellschaftsrechtlich zulässige Gestaltungsform ist; heute wird sie allgemein anerkannt.[1] Sie wird als eine Grundtypenvermischung oder Typendehnung angesehen, die die Elemente einer Körperschaft (GmbH) mit denen einer Personalgesellschaft (KG) verbindet. Wer von der These ausgeht, der Gesetzgeber habe bestimmte Grundtypen für Verbände mit einer eigenen Typengesetzlichkeit geschaffen, muß die allgemeine Anerkennung der GmbH & Co KG mit Resignation betrachten, da diese Grundtypenvermischung schon sehr weitgehend die Grenzlinien zwischen den Typen der KG und der GmbH verwischt. Für andere dagegen ist die Anerkennung der GmbH & Co KG, die sie unbestreitbar in der Praxis gefunden hat,[2] ein Argument dafür, daß sich

1) Seit RGZ 105, 101 ff mit Anm. Pinna und Fuchs sowie Brodmann, JW 1922, S. 1656 ff; Goldschmidt, S. 1671 f und Schlechtheim, JW 1923, 227; Böttcher, GmbH & Co, 1966; Henze, GmbH & Co KG; Hesselmann, Handbuch; Schäfer beschäftigt sich ausführlich mit der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der GmbH & Co KG, Schäfer, S. 68 ff

2) Eine umfassende Statistik über die GmbH & Co KG liegt nicht vor. Über die Häufigkeit dieser Gesellschaftsform kann man sich aber schon einen ungefähren Eindruck verschaffen durch einen Blick in die Wirtschaftspresse, insbesondere in die Veröffentlichungen der Handelsregistereintragungen. Nach den Angaben des im Bundestag vorgelegten Konzentrationsberichts = BT Drucksache IV 2320, S. 69 befanden sich schon im Jahre 1960 unter den 1000 größten Industrieunternehmen 16 Gesellschaften in der Form der GmbH & Co KG

grundsätzlich aus der gesetzgeberischen Einteilung der Verbände keine verbindlichen, die Vertragsfreiheit beschränkenden Wertmaßstäbe herleiten lassen.[1)]

Die GmbH & Co KG war schon in den Zwanziger Jahren bekannt. Der ursprüngliche Grund für ihr erstes Auftreten war nicht allgemeiner Natur, sondern lag auf steuerrechtlichem Gebiet im Anschluß an die Schaffung der Doppelbesteuerung für juristische Personen.[2)]

Auch heute spielen bei der Gründung einer GmbH & Co KG steuerliche Gesichtspunkte keine unwesentliche Rolle.[3)] Bei der Einkommen- und der Vermögensteuer entfällt die Doppelbesteuerung, so daß die Beteiligung an einer GmbH & Co KG steuerlich regelmäßig günstiger ist als die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft. Ferner ist ein Gewinn- und Verlustausgleich möglich, falls ein beteiligter Gesellschafter außerdem über weitere Unternehmungen in Form einer Einzelfirma oder über weitere Beteiligungen an Personalgesellschaften verfügt. Der gleiche Erfolg ließe sich nicht über eine Schachtelbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft erreichen oder ein Organschaftsverhältnis mit Ergebnisabführungsvertrag.[4)] Steuerlich von Bedeutung ist auch der

---

1) Wiethölter, Aktuelle Probleme, S. 34; zur "Typengesetzlichkeit" H.P.Westermann, Vertragsfreiheit, S. 123; im einzelnen unten S. 20 ff

2) Henze, GmbH & Co KG, S. 10

3) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 8

4) Zu den Einzelheiten vgl. Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 10

Umstand, daß bei der Ermittlung des Einheitswerts des Betriebsvermögens - wichtig für die Schenkungssteuer bei Schenkungen bzw. Erbfällen und die Vermögensteuer - regelmäßig ein geringerer Anteilswert ermittelt wird, als es bei einer Kapitalgesellschaft der Fall ist.[1] Schließlich sind Entnahmen, wie sie z.B. bei Erbfällen für die Zahlung der Erbschaftsteuer plötzlich unabwendbar werden können, ohne zusätzliche Steuerzahlung auf die entnommenen Beträge möglich.

Neben den steuerlichen Vorteilen[2] spielen bei der Gründung einer GmbH & Co KG heute aber auch gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte eine nicht weniger gewichtige Rolle.[3] Die Vielfalt ihrer Erscheinungsformen und die weite Verbreitung in den unterschiedlichsten Wirtschaftszweigen[4] ist Ausdruck

---

1) Vgl. Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 10

2) Vgl. Fetsch, aaO; Hesselmann, aaO, S. 145 ff; Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 8

3) Wiethölter, Aktuelle Probleme, S. 20 ff; Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 6 ff, 10; J. Limbach, GmbHR 1970, S. 88; Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 121 ff; Wiethölter ist der Ansicht, ein großer Teil der üblicherweise mit einer GmbH & Co KG verfolgten Zwecke könne auch mit einer GmbH erreicht werden, Wiethölter, Aktuelle Probleme, S. 20; die GmbH & Co KG ist für den unternehmerischen Mittelstand die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung, Schilling, Gedanken, S. 190; J. Limbach sieht im Anschluß an Raiser in der GmbH & Co KG einen Übergang zum Unternehmensrecht, GmbHR 1970, S. 87; vgl. ferner Schilling, Gedanken, S. 196, 197; zu einem neuen heute immer bedeutsameren Aspekt vgl. Tillmann, Die GmbH & Co KG: Ein Weg zur Vermögensbildung und Mitbestimmung, in DB 1970, 2157; ferner Barth, Die Finanzierungs-GmbH & Co KG bei Großinvestitionen in steuerlicher und wirtschaftlicher Sicht, GmbHR 1971, S. 77

4) Vgl. Zielinski, aaO, S. 36 ff; Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 25 ff, Wiethölter, Aktuelle Probleme

dessen, daß die GmbH & Co KG heute dén verschiedensten gesellschaftsrechtlichen Zwecken dient.

Allgemein läßt sich sagen, daß die GmbH & Co KG geschickt die Vorteile einer Personengesellschaft mit denen einer GmbH vereinigt. So steuert das Personengesellschaftsrecht die elastischen Vorschriften über Entnahmen und Gewinnverteilung bei. Die Elastizität der Entnahme- und Gewinnverteilungsvorschriften des Personengesellschaftsrechts kann dazu führen, daß mögliche Kapitalgeber eher bereit sind, einer Personengesellschaft als Kommanditist beizutreten, als ihr Kapital in eine GmbH einzubringen. Der Gewinn kann bei einer KG ausgeschüttet werden, auch wenn die Einlage inzwischen angegriffen ist. Benötigt ein Kommanditist also kurzfristig Geld, um z.B. die Erbschaftsteuer zu zahlen, dann kann der Kapitalanteil vorübergehend ausgezahlt werden.[1] Da es im Personengesellschaftsrecht eine dem § 30 GmbHG vergleichbare Vorschrift nicht gibt, kann einem Kommanditisten auch eine Dividendengarantie gewährt werden; denn auch in einem Verlustjahr kann eine Ausschüttung vorgenommen werden.

Diese elastischen Gewinnverteilungs- und Entnahmeregelungen werden durch § 172 IV HGB nicht untersagt. Nach § 172 IV HGB gilt die Einlage eines Kommanditisten als den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht geleistet, wenn ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag gesunken ist. Damit wird die Möglichkeit einer Kapitalrückzahlung nicht verboten, vielmehr wird nur etwas an sich Selbstverständliches klargestellt:

---

1) Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 121 ff; J. Limbach, GmbHR 1970, S. 88; vgl. allerdings die mögliche Entnahmebeschränkung durch die neuere Rechtsprechung des BGH, NJW 1973 S. 1036

Erfolgt eine Rückzahlung des Kommanditkapitals an einen Kommanditisten, so sollen dadurch die Gesellschaftsgläubiger nicht geschädigt werden. Diese Regelung war erforderlich, da nach § 171 I HGB ein Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe seiner Einlage haftet, seine Haftung jedoch ausgeschlossen ist, soweit die Einlage geleistet ist. § 172 IV HGB hebt also den in § 171 I HGB geregelten Haftungsausschluß für den Fall der Kapitalrückzahlung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger wieder auf.

Die Vorteile, die das GmbH-Recht beisteuert, liegen im wesentlichen in der Haftungsbeschränkung für den bzw. die persönlich haftenden Gesellschafter, der Unabhängigkeit und Unsterblichkeit der Geschäftsführung und in der Firmierung.

Der Gesichtspunkt der beschränkten Haftung spielt bei der Gründung einer GmbH & Co KG eine besondere Rolle. Wir finden sie häufig im Falle der Unternehmensnachfolge, insbesondere des Erbfalls, wenn

---

Fortsetzung auf der folgenden Seite

aus steuerlichen oder sonstigen Gründen die Rechtsform einer Personengesellschaft beibehalten werden soll, die persönliche Haftung jedoch keiner der Beteiligten übernehmen kann oder will.[1)]

Die bei einer GmbH mögliche Unternehmensführung durch Drittorgane ist häufig Anlaß zur Gründung einer GmbH & Co KG.[2)] Praktisch wird damit das körperschaftliche Prinzip der Drittorganschaft auch für die Personalgesellschaft eingeführt.[3)] Denn der Geschäftsführer der GmbH repräsentiert die KG wie ein Komplementär, er ist "mittelbarer Geschäftsführer der KG".[4)] Die Möglichkeit, gesellschaftsfremde Geschäftsführer zu bestellen, ist z.B. von Bedeutung, wenn in einer Familiengesellschaft noch kein geeigneter Nachfolger vorhanden ist, sondern ein Fremder die Unternehmensleitung für längere oder kürzere Zeit übernehmen soll. In einer normalen KG könnte ihm dazu nur die nicht so repräsentative Stellung eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten eingeräumt werden. Ähnliche Überlegungen machen die GmbH & Co KG auch bei Sanierungen oder

---

1) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 6; Hesselmann, Handbuch, S.58ff; vgl. insbesondere die von ihm angeführten Beispiele, S. 43 f

2) H.P.Westermann, Vertragsfreiheit, S. 444; Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 6; Hesselmann, Handbuch, S. 38 ff; Ippen, S. 2 f

3) Nach h.M. ist eine organschaftliche Geschäftsführung durch einen Dritten in einer Personalgesellschaft nicht möglich; vgl. dazu unten S. 160 Anm. 1)

4) Hesselmann, Handbuch, S. 99

Fusionen zu einer vorteilhaften Gestaltungsform. Wollen die Geldgeber keine persönliche Haftung übernehmen, so werden sie Kommanditisten und behalten sich durch ihre Stellung als GmbH-Gesellschafter einen wesentlichen Einfluß auf die einem Dritten übertragene Geschäftsführung vor. Man hat gesagt, die Möglichkeit der Drittorganschaft in Personalgesellschaften komme dem heutigen Trend zur Entpersönlichung des Gesellschaftsrechts entgegen.[1)]

Die Frage der Firmierung kann dann entscheidend für die Gründung einer GmbH & Co KG sein, wenn in einer Personengesellschaft eine Sachfirma erwünscht ist. Eine Sachfirma ist bei einer Personengesellschaft vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Das gleiche Ergebnis wird jedoch erreicht, wenn eine GmbH mit einer Sachfirma Komplementär einer KG ist.[2)]

---

1) J. Limbach, GmbHR 1970, S. 87 f

2) Sudhoff, Personengesellschaften, S. 31 Anm. 2; J. Limbach, GmbHR 1970, S. 87 f

## B. Die personalistische "identische" und "nicht-identische" GmbH & Co KG und deren Abgrenzung zu anderen Erscheinungsformen

### I. Die GmbH & Co KG mit nur einer GmbH

In der Praxis hat eine GmbH & Co KG regelmäßig nur einen Komplementär: eine GmbH. Deshalb wird auch unter der Bezeichnung GmbH & Co KG im allgemeinen nur dieser Fall verstanden, obwohl sich firmenrechtlich auch noch weitere Komplementäre, gleich welcher Rechtsform, dahinter verbergen könnten.[1] Der Begriff GmbH & Co KG wird auch im folgenden nur in dem üblichen Sinne verwandt. Es wird ausschließlich die GmbH & Co KG behandelt, in der Komplementär nur eine GmbH ist.

### II. Die GmbH & Co KG mit nur einem Unternehmen

Eine weitere Einschränkung ist allgemein üblich, wenn von einer GmbH & Co KG gesprochen wird. Regelmäßig betrifft die Bezeichnung GmbH & Co KG nur den Fall, daß die GmbH & Co KG sich auf ein einheitliches Unternehmen bezieht.[2]

Zwar haben wir es rein äußerlich auch mit einer GmbH & Co KG zu tun, wenn sich eine GmbH mit eigenem Geschäftsbetrieb und eigener Zielsetzung an dem Unternehmen einer KG beteiligt. Dann stellt die GmbH & Co KG eine Rechtsform für eine Unternehmensverbindung im Sinne des Konzernrechts dar. Früher diente sie stärker zu diesem Zwecke als es

---

1) Schilling, Gedanken, S. 189

2) Vgl. Reinfeld, S. 30 f

heute der Fall ist.[1] Dieser Fall der Unternehmensverbindung soll jedoch von vornherein aus dem Kreis der Betrachtung ausscheiden, denn das eigentümliche der GmbH & Co KG, wie sie die Praxis entwickelt hat, liegt nicht in der allgemeinen Beteiligung einer GmbH an einer KG, sondern in der Kombination von zwei Gesellschaftstypen, bei der alle in einem Unternehmen anfallenden Funktionen – sei es auf der Geschäftsführungsebene oder auf der Gesellschafterebene – auf zwei Gesellschaften verteilt werden.[2] Das Charakteristische ist also, daß zwei gesellschaftsrechtliche Organisationsformen gemeinsam die Stelle einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Gesellschaftsform einnehmen.[3]

Wenn man, wie häufig in der gesellschaftsrechtlichen Literatur, von einer GmbH & Co KG im engeren Sinn oder im eigentlichen Sinn sprechen will, dann sollte man diese Begriffe auf die GmbH & Co KG anwenden, wenn die Funktionen eines einheitlichen Unternehmens auf eine GmbH & Co KG verteilt sind.[4] Damit wären die zum Konzernrecht gehörenden Gestaltungen sinnvoll abzugrenzen. Diese Funktionsaufteilung auf zwei Gesellschaften mag aus verschiedenen Gründen erfolgen[5] – das Gemeinsame liegt in allen Fällen

---

1) Schilling, JR 1964, 252 f; ders., Gedanken. S. 189 unter Bezugnahme auf die Untersuchungen von Zielinski, Grundtypenvermischung

2) Sudhoff, GmbH & Co KG, Vorwort V

3) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 34; Schilling, JR 1964, S. 252; ders., Gedanken, S. 189

4) Zur Vielfalt der Begriffe, die für die GmbH & Co KG vorgeschlagen werden, vgl. die folgenden Ausführungen

5) Vgl. dazu im einzelnen oben S.9 – 14

darin, daß nach dem Willen der Mitglieder beide Gesellschaften eine Einheit, den rechtlichen Rahmen für ein Unternehmen bilden.[1] Nur auf diese GmbH & Co KG mit einheitlichem Unternehmen werden sich also die weiteren Ausführungen beziehen.[2]

Für die GmbH & Co KG, die hier behandelt wird - ein Unternehmen, eine Komplementär-GmbH - sind in der Literatur viele Begriffe je nach ihrer Gestaltung im einzelnen vorgeschlagen worden, so z.B.: GmbH & Co KG im engeren Sinn und im weiteren Sinn, eigentliche und uneigentliche GmbH & Co KG, kapitalistische KG, kleine GmbH, typische, atypische GmbH & Co KG.[3] Es kann nicht Aufgabe der nachfolgenden Ausführungen sein, einen allgemeinen Beitrag zur Terminologie der GmbH & Co KG

---

1) Eine ähnliche Funktionsaufteilung besteht bei der "Doppelgesellschaft", die im Kartellrecht von Bedeutung ist. Die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft, in der die kartellrechtlichen Verpflichtungen normiert sind, sind gleichzeitig Gesellschafter einer GmbH, die treuhänderisch das Gesellschaftsvermögen hält und die Geschäfte der "Doppelgesellschaft" führt. Die Gesellschafteridentität ist in einer "Doppelgesellschaft" ebenso zu wahren wie in einer GmbH & Co KG mit identischen Mitgliedern, vgl. Treeck, aaO, Vorwort, Einleitung S. 13 ff; allgemeine zur "Doppelgesellschaft", Naegeli, aaO

2) Den rechtspolitischen Unterschied zwischen der GmbH & Co KG als Unternehmensverbindung und derjenigen mit einheitlichem Unternehmen betonte schon Boesebeck, aaO, 72 ff; vgl. auch Schilling, JR 1964, S. 252 -
Schilling scheint der Meinung zu sein, eine GmbH & Co KG mit einheitlichem Unternehmen kennzeichne sich durch Gesellschafteridentität in beiden Gesellschaften, JR 1964, S. 252 f. Das ist jedoch nicht der Fall. Vgl. unten S. 22o ff

3) Zur Vielfalt der Begriffe vgl. Wiethölter, Aktuelle Probleme, S. 16

zu leisten und die verschiedenen in der Literatur verwandten Begriffe zu untersuchen. Die Beschreibung der hier behandelten typischen Einzelfälle - der personalistischen GmbH & Co KG mit denselben Gesellschaftern in GmbH und KG bzw. mit unterschiedlichen Gesellschaftern - kann erfolgen, ohne die Vielfalt der Begriffe zur GmbH & Co KG zu klären.

## III. Die "identische" - "nicht-identische" GmbH & Co KG

Die Kommanditisten und GmbH-Gesellschafter einer GmbH & Co KG sind häufig dieselben Personen,[1] deren Beteiligungen in den "Teilgesellschaften" im gleichen Verhältnis zueinander stehen.[2]

Eine derartige GmbH & Co KG mit identischen

---

1) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 5; Diese Form der GmbH & Co KG bezeichnet Böttcher als "echte GmbH & Co KG" in Aktuelle Probleme, S. 93; eine "unechte GmbH & Co KG" liegt nach Böttcher vor, wenn keine Personengleichheit besteht; genaue rechtstatsächliche Untersuchungen über die Häufigkeit dieser Gestaltung fehlen noch, vgl. Hinweis von Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 31;
Die Identität der Gesellschafter war bis zur Einführung der neuen Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) aus umsatzsteuerlichen Gründen zu empfehlen. Nur bei Gesellschafter-Identität entfiel die Umsatzsteuer für Geschäftsvorgänge zwischen GmbH und KG (Innenumsätze), vgl. zur Unternehmereinheit unter umsatzsteuerlichem Aspekt Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 197 ff (202 f). Da dieser steuerliche Aspekt inzwischen entfallen ist, dürfte die Zahl der nicht-identischen GmbH & Co KGs zunehmen.

2) Ebenso unterscheidet auch Schilling die nicht-identischen und die identischen GmbH & Co KGs deutlich voneinander, Gedanken, S. 191

Gesellschaftern wird wegen ihrer praktischen Bedeutung und weil die zu behandelnden Probleme bei ihr am deutlichsten in Erscheinung treten,[1] im weiteren eine besondere Berücksichtigung finden. Zum Teil wird sie auch als GmbH & Co KG im engeren Sinne, als echte oder eigentliche GmbH & Co KG angesehen.[2] Hier wird sie der Einfachheit halber als identische GmbH & Co KG bezeichnet.

Dieser Begriff ist zwar logisch nicht zu halten, da eine Identität nur zwischen den Gesellschaftern der KG und denen der GmbH besteht: die Gesellschafter sind in beiden Gesellschaften identisch. Bezogen auf die GmbH & Co KG fehlt es an einem Gegenstand, mit dem die Gesellschaft als Ganzes identisch ist. Die Bezeichnung "identische GmbH & Co KG" wird demnach hier nur als Abkürzung für die umständlichere Formulierung benutzt: GmbH & Co KG mit Identität von GmbH-Gesellschaftern und Kommanditisten, deren Anteile in beiden Gesellschaften im gleichen Verhältnis zueinander stehen. Dieser aus praktischen Erwägungen gewählten Terminologie ist der Vorzug zu geben, da mit der Bezeichnung "GmbH & Co KG im eigentlichen" oder "engeren Sinne" eine Wertung impliziert wird, während die Bezeichnung "identische GmbH & Co KG" nur auf einer äußerlichen Beschreibung - "Gesellschafteridentität" - beruht.

Sind in GmbH und KG verschiedene Personen beteiligt, so wird im folgenden von einer nicht-identischen GmbH & Co KG gesprochen.[3]

---

1) Die besondere Problematik bei Gesellschafter-Identität betont Schilling, JR 1964, S. 253. Er trennt jedoch nicht klar zwischen den Besonderheiten, die in der Gesellschafter-Identität (Unternehmereinheit) und denen, die in der Unternehmenseinheit begründet sind, vgl. oben S. 14 mit Anm. 2); vgl. auch Ippen, S. 4 ff

2) Schilling, JR 1964, S. 252

3) Mischformen liegen vor, wenn zwar dieselben Personen beteiligt sind, die Beteiligungen in den beiden Gesellschaften jedoch nicht im gleichen Verhältnis zueinander stehen oder wenn nur einzelne Gesellschafter der KG an der GmbH beteiligt sind. Auch diese Mischformen werden im folgenden den nicht-identischen GmbH & Co KGs zugerechnet.

Verglichen mit der reichen Skala verschiedenster Formen stellt die identische GmbH & Co KG eine Gruppe mit relativ klar umrissenen Konturen dar. Bei der Gesellschafteridentität wird besonders deutlich, daß die GmbH & Co KG die Stelle einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Gesellschaftsform einnimmt.[1] Die Funktionsaufteilung erfolgt in der Regel so, daß die GmbH im Rahmen der "Gesamtgesellschaft" die Geschäftsführung übernimmt. Folglich werden in der GmbH auch nicht die grundsätzlichen Fragen des gesellschaftlichen Verhältnisses geregelt, vielmehr geht es nur um den Einfluß auf die Geschäftsführung. Alle übrigen Funktionen, die üblicherweise zu einer Gesellschaft gehören, sind dagegen der KG vorbehalten und folglich auch im KG-Vertrag geregelt. In der identischen GmbH & Co KG entspricht grundsätzlich der Einfluß des einzelnen Gesellschafters auf die Geschäftsführung (im Rahmen der GmbH) seinem Kapitaleinsatz (in der KG). Mit der Beteiligungsidentität ist also das gesellschaftsrechtliche Grundverhältnis der Gesellschafter ("die Verfassung" der GmbH & Co KG) verknüpft. Eine Verschiebung der Identität würde das Verhältnis von Einfluß und Haftung verändern.[2]

In der nichtidentischen GmbH & Co KG dagegen sind schon vom äußeren Erscheinungsbild ganz unterschiedliche Gestaltungen möglich: Die GmbH-Gesellschafter können völlig personenverschieden von den KG-Mitgliedern sein; einzelne Gesellschafter

1) Vgl. unten S. 15o ff

2) Zu den Einzelheiten vgl. unten S. 152

können an beiden Gesellschaften beteiligt sein, wobei zusätzlich möglicherweise noch Dritte Mitglieder einer Gesellschaft sind. Jede dieser Gestaltungsformen ist gesondert zu betrachten.

## IV. Die personalistische GmbH & Co KG und die körperschaftliche GmbH & Co KG

Gegenstand der Darstellung wird nur die personalistische GmbH & Co KG sein. Die Begründung ergibt sich aus den vorgeschlagenen Lösungswegen der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB und der Rechtsfortbildung gem. § 242 BGB, wobei in beiden Fällen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eine besondere Bedeutung zukommt.[1)]

Die Bezeichnung einer KG als personalistisch bedarf zunächst der näheren Erläuterung.

Der personalistischen steht die körperschaftliche GmbH & Co KG gegenüber. Als Gegenpol der personalistischen KG wird zum Teil jedoch die kapitalistische KG angesehen.[2)] Zuletzt hat Nitschke

---

1) Vgl. unten S. 30, 44ff, 66ff, 71ff

2) Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Nitschke, § 2 I 1, S. 10 Anm. 3; auch Immenga verwendet die Unterscheidung kapitalistisch – personalistisch, vgl. S. 68 f, 72

mit Recht darauf hingewiesen, es sei besser, von körperschaftlicher (körperschaftlich-strukturierter) KG zu sprechen.[1)]

Da im Verbandsrecht die Personengesellschaften den Körperschaften - von denen die Kapitalgesellschaften ein Unterfall sind - gegenüberstehen, ist dem Begriffspaar körperschaftlich (körperschaftsähnlich) - personalistisch (personengesellschaftsähnlich) der Vorzug zu geben. Gleichwohl dürfte es jedoch auch zulässig sein, personalistisch und kapitalistisch als gegensätzliche Begriffe anzusehen, wenn dabei nur klargestellt ist, daß kapitalistisch kapitalgesellschaftsähnlich, d.h. zugleich auch körperschaftsähnlich bedeutet. So bietet sich die Bezeichnung kapitalistisch u.U. dann an, wenn auf die spezielle Ausgestaltung des körperschaftlichen Prinzips in den Kapitalgesellschaften ein besonderes Gewicht gelegt werden soll.[2)]

Im folgenden soll also in der Gegenüberstellung personalistische GmbH & Co KG - körperschaftliche GmbH & Co KG die Bezeichnung körperschaftlich bedeuten, daß die GmbH & Co KG nach dem Vorbild einer Körperschaft ausgestaltet ist, während eine personalistische GmbH & Co KG einen Verband zum Gegenstand hat, der wesentliche Strukturelemente einer Personengesellschaft aufweist.

---

1) Nitschke, S. 10

2) Vgl. z.B. auch H.P.Westermann, der wahlweise oder auch nebeneinander von körperschaftlicher oder kapitalistischer Personengesellschaft spricht, S. 9 f, 20, 59 f, 118, 129, 233 u.a.

Die in der neueren gesellschaftsrechtlichen Theorie übliche Unterscheidung zwischen Typus und Rechtsform[1] verdeutlicht, inwiefern eine Personalgesellschaft wie die GmbH & Co KG personengesellschaftsähnlich (personalistisch) sein kann.

Sowohl der Begriff des Typus als der der Rechtsform fassen allgemein gesprochen Merkmale von Rechtsverhältnissen zusammen.[2]

Der Typus umfaßt die charakteristischen, auf den Wesenskern eines Rechtsverhältnisses bezogenen Erscheinungsmerkmale. Er findet seinen Niederschlag in zwingenden und dispositiven gesetzlichen Vorschriften, die - insbesondere im Bereich des Schuldrechts - das Innenverhältnis der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten betreffen. Dem Typus liegen eine für ein bestimmtes Lebensverhältnis als normal erkannte Interessenlage und die gesetzliche Wertung dieser normalen Interessenlage zugrunde.[3] Ein Verband braucht, um einem bestimmten Typus zugeordnet werden zu können, diesem Typus nicht genau zu entsprechen; das eine oder andere Merkmal kann fehlen. Wenn auch die Einzelheiten umstritten sind, so ist doch anerkannt, daß nicht jede Abweichung von der dispositiven Regelung eine Atypizität bedeutet und auch nicht jede atypische Ausgestaltung grundsätzlich unzulässig ist.[4] Streit herrscht darüber, ob auch die gesetzlichen

---

1) Vgl. ausführlich dazu H.P.Westermann, Vertragsfreiheit

2) H.P.Westermann, S. 12

3) H.P.Westermann, S. 12 ff

4) Nitschke, S. 7, 8

Wertungen, die sich aus den dispositiven Vorschriften ergeben, beachtet werden müssen mit der Folge, daß eine Typengesetzlichkeit eingehalten werden muß, aus der ein Typenzwang, eine Typenbeschränkung folgt.[1] Bezogen auf die Personengesellschaft spitzt sich dieser Streit z.B. auf die Frage zu, ob und inwieweit wesentliche Typusmerkmale der Personengesellschaft - personalistische Struktur, Zweckgemeinschaft, Gemeinschaftsorganisation, Mitwirkungsrecht, Selbstorganschaft, Solidarhaftung, Entsprechung von Herrschaft und Haftung[2] - in jeder Personengesellschaft verwirklicht sein müssen.

Im Unterschied zum Typus umfaßt die Rechtsform die notwendigen vorwiegend äußeren rechtskonstruktiv begründeten Merkmale.[3] Im Rahmen der Rechtsformen sind die grundlegenden Ordnungs- und Organisationsfragen und dabei an vorderster Stelle das Außenverhältnis geregelt. Dazu zählt die Rechtsfähigkeit, die die Vermögenszuordnung[4] und der mit einem Verband verfolgte Zweck.[5] Zu der Rechtsform

---

1) Nitschke, S. 7 m.w.N. und S. 5 Anm. 14 m.w.N.; H.P.Westermann, S. 1 ff "Zur Problemstellung", 123 ff

2) H.P.Westermann, S. 108

3) "In der Rechtsform sind die Begriffsmerkmale zusammengefaßt", H.P.Westermann, S. 12 f, S. 117. Zur Unterscheidung Typus - Rechtsform vgl. auch dessen Erläuterungen an dem Beispiel des Kaufvertrages, S. 106

4) H.P.Westermann, S. 121

5) z.B. darf mit einem eingetragenen Verein - § 21 BGB - kein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werden; Rechtsfähigkeit haben nur bestimmte, vom Gesetzgeber festgelegte Verbände, vgl. H.P.Westermann, S. 120 und Anm. 126; H. Westermann, Handbuch, Ziff. 31: "Die Rechtspersönlichkeit ist ein Rechtsformmerkmal negativer Art."

der Personengesellschaft gehört z.B. die gesamthänderische Zuordnung des Vermögens.[1)]

Zusammengefaßt lassen sich Rechtsform und Typus wie folgt umschreiben: Rechtsformen sind vom Gesetzgeber in abgeschlossener Zahl[2)] und mit festgelegten formalen Merkmalen zur Verfügung gestellte Behältnisse, die er mit bestimmten als normal erkannten Inhalten gefüllt hat – den Typen –, wobei es im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich jedoch freigestellt ist, einen anderen Inhalt in die Behältnisse (Rechtsformen) zu füllen.[3)]

Mit Hilfe der Unterscheidung zwischen Typus und Rechtsform läßt sich methodisch darlegen, inwiefern wir von einer personalistischen bzw. einer körperschaftlichen GmbH & Co KG sprechen können: die Attribute bezeichnen in beiden Fällen den Typus der Gesellschaft, den die Gesellschafter aufgrund der Vertragsfreiheit durch Übernahme personalistischer oder körperschaftlicher Regelungen bestimmen. Körperschaftlich ist eine GmbH & Co KG dann strukturiert, wenn sie kummulativ wesentliche Strukturelemente enthält, die zum Typus der Körperschaft gehören, während sie als personalistisch bezeichnet wird, wenn die Strukturelemente des Typus Personengesellschaft

---

1) Bei der BGB-Gesellschaft ist allerdings ein Gesamthandsvermögen nicht unbedingt Voraussetzung, H.P. Westermann, S. 121, 18; Larenz, Schuldrecht, § 56 V a

2) H.P. Westermann, S. 117; Nitschke, S. 1 II, S. 2

3) H.P. Westermann, S. 117

überwiegen.[1]

Eine Körperschaft wird typischerweise dadurch gekennzeichnet, daß sie von ihren Mitgliedern unabhängig und auf einen Mitgliederwechsel angelegt, eine persönliche Mitarbeit nicht erforderlich und der Verband als ganzes organisiert ist und verfassungsmäßige Organe besitzt.

Wesentliche Strukturelemente des Typus Personengesellschaft sind z.B.: die persönliche Mitarbeit der Gesellschafter, deren persönliche Haftung, der Zuschnitt des Verbandes auf bestimmte Personen, die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft, die Gemeinschaftsorganisation und die Mitverwaltungsrechte.[2]

Aus dem verschiedenartigen Zusammentreffen der personalistischen Elemente in einer Gesellschaft lassen sich zwei Grundtypen unterscheiden: auf der einen Seite steht die reine Tätigkeitsgemeinschaft, bei der alle Beteiligten auch Geschäftsführer sind, auf der anderen die Verbindung zwischen Unternehmer und Kapitalgeber,[3] bei der aus dem kleinen Kreis der Gesellschafter zumindest einer das Amt des Geschäftsführers innehat.[4]

---

1) Nitschke, § 2 I, S. 1; zur kapitalistischen GmbH & Co KG vgl. Thiel, Die kapitalistisch organisierte GmbH & Co KG, in DB 1968, S. 1870 ff und Sudhoff, GmbH & Co KG, Formularteil, S. 405 ff und 489 ff, der in seinen Vorschlägen zur Vertragsgestaltung die personalistische und die kapitalistische GmbH & Co KG grundsätzlich unterscheidet

2) Vgl. zur Unterscheidung personalistisch - körperschaftlich, Immenga, S. 69-75; siehe unten S.

3) Vgl. zu dieser Unterscheidung J. Limbach, Theorie, S. 89 und Wieland, Handelsrecht, I § 38 I, S. 475

4) Personalistisch ist auch diese Form, weil sie wie die reine Tätigkeitsgemeinschaft mit Rücksicht auf die menschliche Zuverlässigkeit, das kaufmännische oder technische Können des geschäftsführenden Gesellschafters eingegangen wird.

## V. Die GmbH & Co KG mit gesellschaftsrechtlichem Schwergewicht in der GmbH - in der KG

Die Verbindung von GmbH und KG zu einer "Gesellschaftsform" vollzieht sich in der Regel so, daß entweder in der GmbH oder der KG das Schwergewicht der gesellschaftsrechtlichen Regelung liegt, während der anderen Gesellschaft jeweils nur untergeordnete Bedeutung in Fragen der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen zukommt. In der personalistischen GmbH & Co KG - gleichgültig ob identisch oder nicht-identisch - liegt das gesellschaftsrechtliche Schwergewicht gewöhnlich in der KG.[1] In dem KG-Vertrag sind dann Fragen der Gewinnverteilung, Kapitaleinlage, Gesellschaftszweck u.a. geregelt - während der Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung im Rahmen der GmbH geregelt wird. Das liegt nahe, weil der bzw. die Geschäftsführer der GmbH mittelbar die Geschäfte der KG führen - der GmbH obliegt in der Regel als Komplementärin der KG die Geschäftsführung -, so daß sich z.B. Beschränkungen in der Geschäftsführungsbefugnis im Rahmen des GmbH-Vertrages auch auf die Geschäftsführung der KG durch die GmbH auswirken. Die geringere Bedeutung der GmbH kommt häufig dadurch zum Ausdruck, daß die GmbH nur mit einem geringen Kapital im Vergleich zur KG

---

1) Schilling meint, die unternehmensrechtlich wichtigste und meist verbreitete Erscheinungsform der GmbH & Co KG sei die, in der die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen in der KG geregelt seien, Schilling, Gedanken, S. 189

ausgestattet ist.[1]

Hesselmann hat an einem Beispiel[2] gezeigt, daß das gesellschaftsrechtliche Schwergewicht auch in der GmbH liegen kann:

Eine schon lange bestehende GmbH benötigte Kapital; die Gesellschafter waren aus verschiedensten Gründen nicht bereit, neue Stammeinlagen zu übernehmen, zogen vielmehr eine Kommanditistenstellung vor. An Stelle einer Umwandlung der bestehenden GmbH in eine KG wurde eine GmbH & Co KG gegründet. Die GmbH blieb in ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur unverändert erhalten und übernahm die Stellung des Komplementärs in der neugegründeten GmbH & Co KG, während die Gesellschafter, die zu einer Kapitaleinlage bereit waren, Kommanditisten wurden und als solche durch ihre Kommanditeinlage der Gesellschaft neues Kapital zur Verfügung stellten. Diese Kapitalzuführung war das Entscheidende - neue gesellschaftsrechtliche Positionen sollten nicht eingeräumt werden, vielmehr sollte für das grundsätzliche gesellschaftsrechtliche Verhältnis unter den Beteiligten nach wie vor der GmbH-Vertrag entscheidend sein.

Aus der Entstehungsgeschichte dieser GmbH & Co KG wird ersichtlich, daß hier die KG nur untergeordnete,

---

1) Vgl. das von Hesselmann angeführte Beispiel 3), in dem das Verhältnis von GmbH-Anteil zu Kommandit-Anteilen gleich 5 : 95 ist. - Hesselmann hat 15 Gründungen einer GmbH & Co KG näher analysiert, GmbH & Co KG, 7. Aufl. S. 27 ff. Im folgenden wird auf die Beispiele von Hesselmann verwiesen, da sonstiges Anschauungsmaterial aus der Praxis, das hier verwertet werden könnte, nicht zugänglich ist. Allgemein bekannt sind zwar die Gesellschaftsverträge zahlloser "Abschreibungsgesellschaften", die in der Regel als GmbH & Co KGs organisiert sind. Diese Verträge können jedoch hier nicht herangezogen werden, da die "Abschreibungsgesellschaften" keine personalistische Struktur aufweisen.

2) Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 28 ff

dienende Funktion hat.[1]

Hier wird bei der Lösung der Kollisionsfälle vom Regelfall für die personalistische GmbH & Co KG ausgegangen, in dem das gesellschaftsrechtliche Schwergewicht in der KG liegt.

## VI. Anhang:

### Die personalistische identische und nicht-identische GmbH & Co KG als Gegenstand der Darstellung

Da die GmbH & Co KG in einer Vielzahl unterschiedlicher Ausgestaltungen anzutreffen ist, muß sich die Erörterung der Kollisionsfälle an typischen Einzelfällen orientieren. Das wird zunächst die personalistische GmbH & Co KG mit einer kleinen Zahl identischer Gesellschafter in KG und GmbH sein, deren Beteiligungen in den "Teilgesellschaften" in dem gleichen Verhältnis zueinander stehen.[2]

Bei der anschließend in Kapitel 5 behandelten GmbH & Co KG sind die Gesellschafter in GmbH und KG verschiedene Personen, deren Verhältnis zueinander ebenfalls dem in einer typischen Personal-

---

1) Die besondere Bedeutung der GmbH geht auch daraus hervor, daß ihr Kapitalanteil in der KG im Vergleich zu dem der Kommanditisten sehr viel höher ist und daß für die Kommandit-Anteile freie Veräußerlichkeit vereinbart wurde, im Gegensatz zu den GmbH-Anteilen, die ohne Zustimmung nicht abgetreten werden konnten, Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 37 ff

2) Identische, personalistische GmbH & Co KG, vgl. oben S. 15 ff

gesellschaft entspricht.[1)]

Der Grund für die Beschränkung auf personalistische Gesellschaften sei hier schon im voraus angedeutet. Es werden nur typische Fälle personalistischer Gesellschaften behandelt, da sie einen besonderen Ansatzpunkt für die Lösung der Kollisionsfälle bieten: das Gemeinschaftsverhältnis der Gesellschafter untereinander, aufgrund dessen die Gesellschafter zu besonderen Leistungen verpflichtet sein können, die nicht im Gesellschaftsvertrag vereinbart sind und die auch nicht in bloßen Nebenpflichten bestehen. Mit anderen Worten liegt der besondere Ansatzpunkt in der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, für die in personalistisch geprägten Gesellschaften mehr Raum ist als in körperschaftlich strukturierten Verbänden.[2)] Aufgrund des engen Gemeinschaftsverhältnisses und der sich daraus ergebenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht können die durch mangelnde Abstimmung und Verzahnung hervorgerufenen Gefahren weitgehend beseitigt werden - methodisch im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung oder der Rechtsfortbildung.[3)]

Die Kollisionen in körperschaftlich geprägten GmbH & Co KGs bedürfen einer gesonderten Betrachtung, die den Rahmen vorliegender Untersuchungen überschreiten würde.

---

1) Personalistische, nicht-identische GmbH & Co KG, vgl. oben S. 2o und unten S. 219 ff
2) Vgl. unten S. 44 ff
3) Hier ist noch keine Abgrenzung zwischen ergänzender Vertragsauslegung, Rechtsfortbildung und gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht erforderlich, da es nur darum geht, die Beschränkung auf die personalistische GmbH & Co KG zu begründen. Unten wird im einzelnen das Verhältnis dieser drei Rechtsinstitute erläutert, vgl. unten S. 55 ff, 66 ff

## 3. Kapitel

## Theoretische Grundlagen zur Lösung der Kollisionsfälle in einer personalistischen GmbH & Co KG

### A. Einleitung

Da der Grundsatz der Privatautonomie den Beteiligten – abgesehen von einigen zwingenden Vorschriften [1] – einen breiten Gestaltungsspielraum eröffnet, werden juristisch gut beratene Gesellschafter schon bei der Vertragsgestaltung durch einheitliche Ausrichtung[2] die Unterschiede zwischen KG- und GmbH-Recht derart in einer GmbH & Co KG ausgleichen, daß Kollisionen bei der Abwicklung der Verträge kaum auftreten können.

Schwierigkeiten ergeben sich in der Regel jedoch dann, wenn eine GmbH & Co KG ohne Rücksicht auf die Unterschiede zwischen KG- und GmbH-Recht konzipiert wird und die dispositiven gesetzlichen Normalstatuten dieser Gesellschaftsformen unvermittelt aufeinanderstoßen.[3] Dann kann die Unterschiedlichkeit der Normalstatuten z.B.

zur Abtretung eines GmbH-Anteils unter Beibehaltung der KG-Beteiligung führen

1) Zwingend sind z.B. im GmbH-Recht die Vorschriften über die Haftung, Firma, Vertretung, Kapitalerhaltung, Liquidation; vgl. Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 35

2) Vgl. die Vorschläge von Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 405 ff; zu den zwei Formen der Ausrichtung "Abstimmung" und "Verzahnung" vgl. oben S. 3

3) Im folgenden geht es nur um das Zusammentreffen von – nicht harmonisierenden – dispositiven Vorschriften, da man nur insoweit von mangelnder vertraglicher Abstimmung und Verzahnung sprechen kann

oder zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters in die GmbH mit Dreiviertelmehrheit, während in der KG die erforderliche Einstimmigkeit nicht erreicht wird,
zu einem Auflösungsbeschluß in der GmbH mit Dreiviertelmehrheit, die für die Auflösung der KG jedoch nicht ausreicht,
zur Pfändung oder Verpfändung allein des GmbH-Anteils
oder zu einem einfachen Mehrheitsbeschluß bezüglich der Vornahme eines außergewöhnlichen Geschäfts, dem in der KG von einem Kommanditisten widersprochen wird. [1)]

Einer nachträglichen Anpassung der Verträge wird keine praktische Bedeutung zukommen, da in der KG die Änderung des Gesellschaftsvertrages nur einstimmig und in der GmbH nur mit einer Dreiviertelmehrheit möglich ist. In der Praxis werden gewöhnlich den Beteiligten die Kollisionen erst bewußt, wenn zwischen ihnen Streit besteht und eine vertragliche Anpassung im gegenseitigen Einvernehmen oder auch nur mit einer Dreiviertelmehrheit schon nicht mehr in Betracht kommt.

Möglicherweise stellt jedoch die Rechtsordnung von sich aus für diese Fälle Lösungen bereit, die nicht von einer nachträglichen Einigung der Gesellschafter abhängig sind. Da juristisch zwei Gesellschaften bestehen, sind mögliche Lösungen in den "Teilgesellschaften" und in den für sie geltenden Rechtsgrundsätzen zu suchen.

Im Falle der mangelnden Abstimmung [2)] - wenn

1) Im einzelnen vgl. zu den Kollisionen unten S.124-218

2) Zum Begriff "Abstimmung" vgl. oben S. 3

z.B. die Beteiligten weder in der KG noch in der GmbH eine vertragliche Regelung bezüglich der Anteilsabtretung getroffen haben – geht die Frage dahin, ob die unterschiedlichen dispositiven gesetzlichen Regelungen einander angeglichen werden können mit der Folge, daß die Vorschrift des GmbH-Rechts auch in der KG bzw. die des KG-Rechts auch in der GmbH anzuwenden ist. Wenn nicht die gleichen Vorschriften in beiden Gesellschaften gelten – "dingliche Lösung" der Kollisionsfälle –, so könnten die Gesellschafter zumindest im Verhältnis untereinander gehalten sein, sich so zu verhalten, als ob gleiche Vorschriften in den Teilgesellschaften beständen. Im letzteren Fall kann man von "schuldrechtlicher Lösung" der Kollisionsfälle sprechen.[1)]

Zunächst sind die allgemeinen Rechtserwägungen näher zu präzisieren, aufgrund derer eine Angleichung unterschiedlicher dispositiver gesetzlicher Regelungen in der KG und der GmbH zu erreichen sein könnte. Dabei wird die Frage, ob die Angleichung mit "dinglicher" oder nur mit "schuldrechtlicher" Wirkung erfolgt, noch gar nicht berücksichtigt.

Es liegt der Gedanke nahe, daß die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht den Gesellschaftern einer personalistischen GmbH & Co KG gleiches Verhalten in den Teilgesellschaften gebietet derart, daß ein Gesellschafter z.B. seine GmbH-Beteiligung nicht abtreten abtreten kann, wenn nicht auch in der KG eine Anteils-

---

1) Zur Unterscheidung "schuldrechtliche" – "dingliche" Lösung der Kollisionsfälle vgl. unten S.71 ; die "dingliche" Lösung scheidet in einigen wenigen Fällen mit Rücksicht auf Besonderheiten des GmbH-Rechts aus. So kann der Gesellschafter einer personalistischen GmbH seinen Anteil abtreten (§ 15 I GmbHG), er darf es aber im Innenverhältnis nicht, vgl. unten S. 130 ff und 145 ff

abtretung möglich ist.

Auf den ersten Blick ungewöhnlicher erscheint der Versuch, mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung[1] und der Analogie die Kollisionen zu lösen.

Sowohl die Analogie als auch die ergänzende Vertragsauslegung sind rechtstechnische Mittel zum Ausfüllen von Lücken. Lücken in der gesetzlichen Regelung schließt die Analogie, während der ergänzenden Vertragsauslegung die Aufgabe zukommt, Lücken in einer vertraglichen Regelung auszufüllen. Mit einem Ausfüllen von Lücken im üblichen Sinne sind jedoch die hier zu behandelnden Probleme einer GmbH & Co KG nicht zu lösen, da sie dadurch entstehen, daß mangels "vertraglicher Abstimmung" in der KG und der GmbH vom Gesetzgeber vorgesehene dispositive Vorschriften zusammentreffen, die nicht miteinander harmonieren. Es handelt sich auf den ersten Blick nicht um ein Lückenproblem, da die Kollisionen durch das Zusammentreffen von gesetzlichen Vorschriften entstehen, so daß die Frage einer Lückenausfüllung vordergründig gar nicht besteht.

Die Institute der Analogie und der ergänzenden Vertragsauslegung können nur dann ein taugliches Instrument zur Lösung der verschiedenen Kollisionslagen sein, wenn sie dieses Zusammenstoßen der dispositiven Vorschriften verhindern können. Sie müßten die Möglichkeit eröffnen, daß entweder im Rahmen der GmbH oder der KG nicht die gesetzlich vorgesehene dispositive Vorschrift anzuwenden ist,

---

1) Treeck hat für die Doppelgesellschaft vorgeschlagen, neben der Treuepflicht auch die ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen. Zur Doppelgesellschaft und zu den in ihr möglichen Kollisionen vgl. unten S. 35 f, 45 ff, vgl. auch oben S. 14 Anm. 1

sondern an deren Stelle die entsprechende Regelung der anderen Gesellschaft tritt; dann wäre insoweit die mangelnde vertragliche Abstimmung behoben, als die gleichen Vorschriften in GmbH und KG gelten würden.

Robert Fischer hat in seinem bekannten Aufsatz über "Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz" [1] die Meinung vertreten, über die ergänzende Vertragsauslegung könnten in einer personalistischen GmbH statt der dispositiven gesetzlichen Vorschriften des GmbH-Gesetzes die Grundsätze des Personengesellschaftsrechts zur Anwendung kommen. Der Verfasser bezieht sich unmittelbar auf die personalistische (Einzel-) GmbH.[2] Seine Ausführungen zeigen jedoch die Richtung an, in der die Lösung der Kollisionsfälle in einer personalistischen GmbH & Co KG zu suchen ist. Aus dem Sinnzusammenhang des GmbH- bzw. des KG-Vertrages, dem erkennbar in jeder "Teilgesellschaft" verfolgten Zweck könnte sich im Wege ergänzender Vertragsauslegung ergeben, daß entweder in der GmbH in einem nicht ausdrücklich von den Parteien geregelten Punkt statt der dispositiven Vorschrift des GmbH-Rechts die entsprechende Regelung des KG-Rechts oder in der KG die entsprechende Regelung des GmbH-Rechts anzuwenden ist. So ist möglicherweise der

---

1) R. Fischer, GmbHR 1953, S. 131 ff

2) Die personalistische Struktur kann sich nach Fischer aus den Anzahl der Gesellschafter, ihren persönlichen Beziehungen, aus besonders eingeräumten Rechten und Pflichten ergeben, GmbHR 1953, S. 131

Fall der mangelnden "Abstimmung" der Verträge in einer GmbH & Co KG zu lösen.

So wie Fischer dem Recht der Personengesellschaften in die personalistische GmbH Eingang über die ergänzende Vertragsauslegung verschaffen will, haben andere Autoren [1] die Meinung vertreten, dasselbe Ergebnis könne über das Institut der Analogie herbeigeführt werden. Damit bietet sich vom theoretischen Ansatz her die Analogie ebenso wie die ergänzende Vertragsauslegung zur Lösung der Kollisionsfälle der mangelnden "Abstimmung" an.

Die Lösungen für die Fälle der mangelnden Verzahnung [2] bedürfen einer gesonderten Betrachtung. Bei ihnen liegt das Problem nicht im Zusammentreffen von unterschiedlichen dispositiven Regelungen in den "Teilgesellschafen". Es kann also nicht darum gehen, einen konstruktiven Weg zu finden, auf dem eine Regelung zugunsten der anderen zurücktritt. Die Frage geht im Falle mangelnder "Verzahnung" dahin, ob ein Gesellschafter mit Rücksicht auf die besondere Interessenlage in der GmbH & Co KG gehalten ist, von seinen Rechten in den "Teilgesellschaften" nur einheitlichen Gebrauch zu machen mit der Folge, daß er z.B. eine Kündigung nur gegenüber beiden Gesellschaften aussprechen oder seine Anteile nur zusammen auf dieselbe Person übertragen kann.

---

1) Wieland, Teichmann, Baumbach-Hueck, vgl. die Nachweise unten S.116 Anm. 1 und 2

2) Zur "Verzahnung" vgl. oben S. 3

Eine Antwort könnten ebenfalls die Rechtsinstitute der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und der ergänzenden Vertragsauslegung geben. Das Institut der Analogie scheidet hier von vornherein aus, da keine gesetzliche Vorschrift ersichtlich ist, die die einheitliche Ausübung verschiedener Rechtspositionen zum Gegenstand hat und die analog angewandt werden könnte.

## B. Ergänzende Vertragsauslegung, Rechtsfortbildung und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als theoretische Ansatzpunkte

Die These, die im einzelnen in diesem Abschnitt entwickelt wird, läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Kollisionen zwischen dispositiven GmbH- und dispositiven KG-Vorschriften, die typischerweise in einer personalistischen GmbH & Co KG auftreten, können grundsätzlich[1] durch Rechtsfortbildung beseitigt werden. Atypische Kollisionsfälle sind dagegen über die ergänzende Vertragsauslegung zu lösen. In beiden Fällen erfolgt eine Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unter Berücksichtigung der personalistischen Verbandsstruktur und der Funktionseinheit ihrer "Teilgesellschaften".

Zunächst sind eine Reihe allgemeiner theoretischer Überlegungen zum Verhältnis von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht, ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung erforderlich. Insbesondere die Institute der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und der ergänzenden Vertragsauslegung erscheinen im allgemeinen in Literatur und Rechtsprechung[2]

---

1) Vgl. zu den Ausnahmen bzw. Besonderheiten unten S.54 Anm. 2, 63 ff

2) Das hat Sandrock anhand vieler Beispiele klargelegt, Sandrock, S. 21 ff; so auch Pilz, S. 91, 103; Henckel, S. 124 Anm. 66; vgl. Staudinger - Coing, § 133 Rn. 37 f, 38 b mit einer Übersicht von Entscheidungen der Rechtsprechung zur ergänzenden Vertragsauslegung. Häufig finden sich dieselben Fälle auch bei Staudinger - Weber zu § 242. Vgl. dazu z.B. die von Staudinger - Weber unter § 242 A 808 zur Frage des Wettbewerbsverbotes des Veräußerers eines Unternehmens angegebenen Entscheidungen. In der Entscheidung des OLG Stuttgart, NJW 1949, 27 wird dieses Wettbewerbsverbot auf die ergänzende Vertragsauslegung gestützt, so auch ausdrücklich bei Staudinger - Coing, § 133 Rn 38 a

entweder ziemlich wahllos nebeneinander oder man entscheidet sich ohne nähere Begründung für ein Institut, obwohl das andere ebenso in Betracht gezogen werden könnte. Am Anfang der Untersuchungen steht daher eine Darstellung der ergänzenden Vertragsauslegung und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im herkömmlichen Sinne - wobei auch schon deren Stellung in einer GmbH & Co KG Berücksichtigung finden soll - und eine Abgrenzung beider Institute.[1] Im Rahmen dieser Ausführungen über die ergänzende Vertragsauslegung und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht wird auf einen Abgrenzungsversuch von Treeck näher eingegangen.[2]

Nach Treecks Ansicht stehen beide Institute nebeneinander bei demselben Sachverhalt zur Wahl; die Entscheidung für das eine oder andere könne, da sie unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich zögen, von der gewünschten Rechtsfolge her getroffen werden. Die Ausführungen von Treeck sind im Rahmen der vorliegenden Arbeit von besonderem Interesse, weil Treeck seine Überlegungen zum Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht im Hinblick auf die Lösung von Kollisionsproblemen im Bereich der "Doppelgesellschaft", die denen der GmbH & Co KG vergleichbar sind, angestellt hat. Ein für die "Doppelgesellschaft" gewonnenes Ergebnis müßte auch auf die GmbH & Co KG übertragbar sein; die zwischen "Doppelgesellschaft" und GmbH & Co KG bestehenden Unterschiede[3] sind für die Frage der Verknüpfung

---

1) Daß beide Institute in engem Zusammenhang stehen, betont z.B. Henckel, S. 121 m.w.N.

2) Treeck, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, 1968, S. 115 ff

3) Die Geschäftsführungs-GmbH ist bei der Doppelgesellschaft nicht selbst Gesellschafterin der Grundgesellschaft wie es in der GmbH & Co KG der Fall ist. Nach außen führt sie die Geschäfte im eigenen Namen, so daß die Grundgesellschaft nicht selbst am Handelsverkehr teilnimmt. Dadurch ist es möglich, die Grundgesellschaft in Form einer BGB-Gesellschaft zu führen.

der Mitgliedschaften bei Schweigen der Gesellschaftsverträge ohne Bedeutung.

Im Anschluß an die Kritik der Ausführung von Treeck zum Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht wird ein eigener Abgrenzungsversuch vorgenommen, der bei dem Verhältnis zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung ansetzt. Vorrangig ist - wie im einzelnen zu zeigen sein wird - eine Abgrenzung dieser beiden Institute, die beide eine Methode zur Ausfüllung lückenhafter "Regelungen" verkörpern - Methoden, die für die gesamte Rechtsordnung Bedeutung haben. Mittels der ergänzenden Vertragsauslegung werden lückenhafte private "Regelungen" vervollständigt, während die Rechtsfortbildung zur Vervollständigung lückenhafter gesetzlicher "Regelungen" dient. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht dagegen stellt keine für die gesamte Rechtsordnung geltende Methode zur Ausfüllung von "Regelungen" dar, vielmehr ist sie das Ergebnis einer Rechtsfortbildung für einen bestimmten Rechtsbereich, nämlich das Gesellschaftsrecht.[1)]

Nach den Ausführungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, zur ergänzenden Vertragsauslegung und zur Rechtsfortbildung wird im Rahmen der allgemeinen theoretischen Erörterung der Lösungswege vor Behandlung der Kollisionsfälle im einzelnen[2)] der Frage nachgegangen, ob der Lösung der Kollisionsfälle aufgrund ergänzender Vertragsauslegung bzw. Rechtsfortbildung Grenzen gesetzt sind durch das Bestehen dispositiver

---

1) Vgl. unten S. 66 ff

2) Vgl. unten S.124 - 218

gesetzlicher Vorschriften[1], durch die Grundsätze über die "normähnliche" Auslegung einer Satzung[2] und die für eine GmbH-Satzung vorgeschriebene notarielle Form.[3] Das Ergebnis dieser Überlegungen wird sein, daß in den beiden ersten Fällen keine Beschränkungen bestehen - mit anderen Worten: eine dispostive gesetzliche Vorschrift kann durch Rechtsfortbildung oder ergänzende Vertragsauslegung ausgeschaltet werden; die bei körperschaftlich strukturierten Verbänden geltenden Grundsätze der "normähnlichen Auslegung" führen in einer personalistischen GmbH nicht zu einer Beschränkung der beiden genannten Institute. Die notarielle Form dagegen führt zu einer teilweisen Beschränkung der ergänzenden Vertragsauslegung und der Rechtsfortbildung: in der Frage der - dinglichen - Übertragbarkeit des GmbH-Anteils und der Neuaufnahme in die GmbH.

## I. Die ergänzende Vertragsauslegung - unter Berücksichtigung von KG und GmbH

Nach den in Rechtsprechung und Literatur gebräuchlichen Formulierungen[4] dient die ergänzende Vertragsauslegung der Vervollständigung von Verträgen, wenn die Parteien bei Vertragsschluß nicht alle für die reibungslose Durchführung erforderlichen Punkte geregelt haben, sei es, weil sie sie nicht übersehen haben, sei es, weil einige Punkte vergessen worden sind. Diese Vertragslücken sind gem. §§ 133,

---

1) Vgl. unten S. 77 ff

2) Vgl. unten S. 83 ff

3) Vgl. unten S.109 ff

4) Soergel - Siebert - Knopp, § 157 Anm. 99; Brox, S. 117; Larenz, NJW 63, 737; vgl. auch die Nachweise von Henckel, AcP, S. 107 f

157 BGB entsprechend dem hypothetischen Willen der Parteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte auszufüllen. Da die Parteien unmittelbar bezüglich der Lücken bei dem Vertragsschluß gerade keinen Willen geäußert haben, kann ihr Wille nur insoweit maßgeblich sein, als er in dem erkennbaren Zweck des Vertrages, in dessen Sinnzusammenhang zutage tritt.

Die Befürworter[1] der ergänzenden Vertragsauslegung sind sich heute[2] darüber einig, daß trotz der Formel vom "hypothetischen Parteiwillen" die ergänzende Vertragsauslegung nicht in einer Tatsachenfeststellung besteht. Der hypothetische Wille wird vielmehr objektiviert,[3] indem gesagt wird, entscheidend sei, was die an dem Rechtsgeschäft Beteiligten nach Treu und Glauben oder verständigerweise oder unter Berücksichtigung der Verkehrssitte vereinbart hätten,[4] wenn sie die Lücke gesehen hätten. Zum Teil läßt man auch den derart objektivierten Parteiwillen als Anknüpfungspunkt ganz fallen und spricht nur noch davon, bei der ergänzenden Vertragsauslegung komme es auf den erkennbaren objektiven Zweck, den Sinnzusammenhang, den Grundgedanken des Vertrages gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Verkehrssitte

---

1) Zur Kritik an der ergänzenden Vertragsauslegung vgl. unten S.55 ff

2) Die Entwicklung der Meinungen zur ergänzenden Vertragsauslegung stellt Sandrock dar, Sandrock, S. 14 ff

3) Pilz, S. 57 m.w.N.

4) Flume, AT, S. 322 I 164

und der Interessen der Beteiligten an. [1]

Der ergänzenden Vertragsauslegung sind grundsätzlich in einer Personengesellschaft im Vergleich zum allgemeinen Vertragsrecht keine besonderen Grenzen gesetzt. [2]

Auch die Satzung einer GmbH steht den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, damit auch der ergänzenden Vertragsauslegung, offen. [3] Auf die Besonderheiten, die sich in der GmbH aus der körperschaftlichen Verbandsstruktur und der notariellen Form ergeben, soll hier noch nicht eingegangen werden. [4]

---

1) Canaris, S. 53; Soergel – Siebert – Knopp, § 157 Anm. 92, 93, 95; der BGH bezeichnet den hypothetischen Willen ausdrücklich als gleichbedeutend mit der objektiven Interessenlage, BGHZ 72, S. 31 und 9, S. 221 ff (223)

2) Vgl. aber die Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der "Erklärung an die Öffentlichkeit", unten S. 84 f

3) Baumbach-Hueck, GmbHG § 3 1 F; Scholz, GmbHG § 3 27; Hachenburg-Schilling, GmbHG § 3 Anm. 24

4) Die in der GmbH geltende Einschränkung der "freien" Auslegung wird allgemein wie folgt umschrieben: mit Rücksicht auf die Bedeutung einer Satzung für die Allgemeinheit, insbesondere für Gläubiger und künftige Gesellschafter sei die Auslegung insofern begrenzt, als über den Wortlaut hinaus nur eine aus der Satzung selbst zu gewinnende Auslegung zulässig sei. Eine Deutung, die für einen Außenstehenden nicht erkennbar sei, könne nicht zugelassen werden, h.M. vgl. Immenga, S. 83; Baumbach-Hueck, § 3, Anm. 1 F; vgl. unten S. 84 ff

## II. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht - unter Berücksichtigung von KG und GmbH

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist eine allgemein gefaßte Gesellschafterpflicht,[1] als deren gesetzliche Grundlage gewöhnlich § 242 BGB angesehen wird.[2] Als Ausfluß des § 242 BGB ist sie ebenso wie der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben eine Generalklausel. Damit gelten für die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht die Besonderheiten einer jeden Generalklausel im Unterschied zur Sachnorm. Eine Sachnorm enthält eine feste Einzellösung für bestimmt umrissene Sachverhalte. Sie wird durch mehr oder weniger mechanische Subsumtionsschlüsse angewandt,[3] während eine Generalklausel nur verbindliche Weisungen für richterliches Handeln enthält[4] und erst dadurch anwendbar wird, daß die Rechtsprechung sie in Form von Fallgruppen und allgemeinen Regeln konkretisiert.

Im Anschluß an die von Wieacker entwickelte und heute

---

1) Westermann, Hdb. I Rn. 241, 242, 175. Das zur Beschränkung von gesellschaftsrechtlichen Rechten benutzte Institut der Treuepflicht wurde häufig als zu wenig bestimmt angesehen. Einen Versuch zur Konkretisierung hat z.B. Küster gemacht. Er hält den Gesellschaftszweck für einen geeigneten Ansatzpunkt, Küster, S. 65, 89; vgl. Kritik von R. Fischer, NJW 1954, S. 777, der der generalisierenden Betrachtungsweise von Küster, die sich auf das gesamte Gesellschaftsrecht bezieht, entgegentritt. Ähnlich Wolany, S. 103 f

2) Wolany, S. 108; Schaudweit/Paul, S. 5; H.M. Schmidt, GmbHR 1960, S. 137; Kühn, Minderheitsrechte, S. 32; Schilling, JZ 1953, S. 489 ff (492)

3) Sandrock, S. 107

4) Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 10

weitgehend anerkannte rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB enthält § 242 BGB drei große Fallgruppen[1], von deren erster - regulative Funktion des § 242 BGB - im folgenden gesprochen wird. In seiner regulativen Funktion wirkt § 242 BGB bei Austauschverträgen ergänzend, indem daraus Erhaltungs-, Schutz- und sonstige Nebenpflichten entstehen können, die in sachlichem Zusammenhang mit der Hauptpflicht stehen. Die regulative Funktion des § 242 BGB wird im Bereich der personenrechtlichen Zusammenschlüsse erweitert und als gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bezeichnet.[2] Die Regulativfunktion bedarf im Bereich der personenrechtlichen Zusammenschlüsse einer Erweiterung, da die Beteiligten sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zusammenschließen. In einem solchen Fall lassen sich im Zeitpunkt des Zusammenschlusses die erforderlichen Mittel und Wege zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes im einzelnen häufig noch nicht absehen. Das wissen die Beteiligten und akzeptieren die daraus resultierende Notwendigkeit einer zukünftigen Konkretisierung einzelner Pflichten.

---

1) Regulative Funktion - Schrankenfunktion - Korrektivfunktion
Die Regulativfunktion wird oben auf dieser Seite erläutert. Die Schrankenfunktion dient der Beschränkung von Rechten und umfaßt den Bereich der Exceptio doli, im Bereich der Korrektivfunktion kann bei Äquivalenzstörungen in Ausnahmefällen eine Umwandlung oder Anpassung eines Vertrages in Betracht kommen, vgl. Wieacker, Präzisierung, S. 36 ff

2) Kühn, Minderheitsrechte, S. 32; Winkler, Lückenausfüllung, S. 53; H.M. Schmidt, GmbHR 1960, S. 137

Mit Rücksicht auf die Einbettung in die allgemeine Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck zu fördern, können sich aus § 242 BGB positive Handlungs- und Leistungsgebote ergeben, die über die Erhaltungs-, Schutz- und Nebenpflichten hinausgehen, wie sie bei Austauschverträgen bestehen.

Die besondere Bedeutung der Regulativfunktion des § 242 BGB hat dazu geführt, von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht, nicht nur von dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben zu sprechen.

Welche Pflichten sich aus der generalklauselartigen Treuepflicht ergeben, ihr Inhalt und Umfang, hängen von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei der Intensität des Gemeinschaftsverhältnisses und dem Maß des gegenseitigen Vertrauens eine entscheidende Bedeutung zukommt. [1)]

Die Treuepflicht ist in Personalgesellschaften, die auf dem persönlichen Verhältnis der Beteiligten untereinander aufbauen, naturgemäß besonders stark ausgeprägt. Das bedeutet für die personalistische GmbH & Co KG, die allein Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, daß die Gesellschafter im Rahmen der KG der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unterliegen. Diese gesellschaftsrechtliche Treuepflicht erscheint grundsätzlich auch geeignet, die Gesellschafter auf die Einheitlichkeit und die Funktionsfähigkeit der GmbH & Co KG zu verpflichten.

---

1) Zöllner, S. 330 ff; H.Westermann, Handbuch I, Rn. 241; BGHZ 9, S. 157 ff, S. 163; a.A. Schaudweit/Paul, GmbHR 1970, S. 7, die dennoch die zitierte Entscheidung des BGH für ihre Ansicht anführen, vgl. Anm. 3 a

Vom gesetzlichen Normalstatut her ist die GmbH als eine Körperschaft konzipiert. Eine persönliche Bindung der Gesellschafter untereinander, ein Gemeinschaftsverhältnis, besteht bei einer typischen Körperschaft mit einer Vielzahl von Gesellschaftern in der Regel nicht. Der einzelne Gesellschafter kann in einer Körperschaft grundsätzlich davon ausgehen, daß ihm über seinen Kapitaleinsatz hinaus keine zusätzlichen Pflichten, die nicht ausdrücklich in der Satzung festgelegt sind, auferlegt werden. So kann also in einer typischen Körperschaft wie z.B. einer AG von Ausnahmefällen abgesehen eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nicht bestehen.

Allerdings hat der Gesetzgeber das GmbH-Gesetz im Unterschied zum Aktiengesetz mit einer Vielzahl dispositiver Vorschriften ausgestattet, die es den GmbH-Gesellschaftern gestatten, die GmbH nicht als typische Körperschaft, sondern abweichend vom Normalstatut als personalistisch ausgerichteten Zusammenschluß zu konzipieren. In der Praxis stellt die personalistische Struktur bei einer GmbH die Regel dar.[1)]

Die Gesellschafter einer personalistisch aufgezogenen GmbH unterliegen der gesellschaftsrechtlichen

---

1) J. Limbach, Theorie, S. 15; Schilling, Gedanken, S. 195

Treuepflicht[1] grundsätzlich in dem gleichen Maße wie Personengesellschafter.[2] Denn nicht die gesetzgeberische Idee, nach der die zukünftige GmbH im wesentlichen eine Kapitalgesellschaft sein sollte, kann über die Treuepflicht der Gesellschafter entscheiden, sondern nur die tatsächliche Gestaltung ihrer Beziehungen zueinander.

Die Anerkennung der gesellschaftsrechtlichen

---

1) Die Konstruktion der Treuepflicht in einer GmbH ist umstritten. Zum Teil wird ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern angenommen, Ballerstedt, S. 181 ff; Petersen, S. 16 ff; H.M. Schmidt, GmbHR 1960, S. 137. Der BGH lehnt ein selbständiges Gemeinschaftsverhältnis ab, spricht dennoch von "stärkeren Bindungen, wo ein Rechtsverhältnis in die Lebensbetätigung der Beteiligten besonders stark eingreift", BGHZ 9, S. 157 ff (161). Schilling nimmt nur Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft an. Er meint, daran ändere auch die personalistische Struktur der Gesellschaft nichts; nach der gesetzlichen Konstruktion bestehe kein Verhältnis der Gesellschafter untereinander, JZ 1953, S. 489 ff (492). Schillings Ausführungen sind widersprüchlich, da er auf der Grundlage der gesetzlichen Konstruktion auch die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verneinen müßte. - Sehr weitgehend Hoffmann, GmbHR 1963, S. 62 f: der neben der GmbH eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts annimmt, deren Ziel die Förderung des satzungsmäßigen Gegenstandes der GmbH sei und die die Fortsetzung der Vorgesellschaft darstelle.

2) Die Treuepflicht in der GmbH erkennen an: Baumbach-Hueck, GmbHG, vor § 13 B; H.M. Schmidt, GmbHR 1960, S. 137; Scholz, GmbHG, § 3 27, § 15 16, § 45 18 a.E.; Staudinger-Weber, § 242 258; Scholz, Ausschließung, S. 22; weitere Literaturnachweise bei Zöllner, S. 336; BGHZ 9, S. 157 (163) und 14, S. 25 (37).
Ausdrücklich verneint noch Winterfeld die Treuepflicht in der GmbH, NJW 1948, S. 88

Treuepflicht hängt demnach nicht von der Gesellschaftsform - ob GmbH oder KG, OHG -, sondern ausschließlich von der Intensität des Gemeinschaftsverhältnisses ab. In einer personalistischen GmbH & Co KG kann das Institut der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht also grundsätzlich in beiden Teilgesellschaften - KG und GmbH - als konstruktiver Lösungsweg für die Kollisionsfälle eingesetzt werden.

Eine weitere Präzisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht wird sich aus der Abgrenzung zur ergänzenden Vertragsauslegung ergeben.

## III. Abgrenzung von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung

### 1. Vorschlag von Treeck

Treeck hat den Vorschlag gemacht, in einer Doppelgesellschaft [1] bei Schweigen der Gesellschaftsverträge die Mitgliedschaften in Grundgesellschaft (in der Regel eine BGB-Gesellschaft) und Organgesellschaft (eine GmbH) über die Rechtsinstitute der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und der ergänzenden Vertragsauslegung miteinander zu verbinden. Die

1) Im allgemeinen wird die Doppelgesellschaft zur Organisation von Kartellen verwandt. Sie ist aber auch bei anderen Arten unternehmerischer Zusammenarbeit zu finden, wie Interessengemeinschaften, Gemeinschaftsunternehmen, Funktionsgemeinschaften, vgl. Treeck, S. 14 m.w.N. Die herrschende Gesellschaft "Grundgesellschaft" bedient sich zur Wahrnehmung ihrer Interessen einer "Organgesellschaft" oder "Geschäftsführungsgesellschaft", die regelmäßig die Rechtsform einer GmbH besitzt, Treeck, S. 13

These Treecks lautet bezogen auf den Fall der Anteilsabtretung[1] in nur einer Teilgesellschaft: Hat ein Gesellschafter eine der beiden Mitgliedschaften unter Beibehaltung der anderen abgetreten, dann bieten sowohl die ergänzende Vertragsauslegung als auch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht einen Weg, die Identität der Gesellschafter in beiden Gesellschaften wieder herzustellen: die Treuepflicht gebietet dem Gesellschafter, selbst tätig zu werden, indem er die ihm noch verbliebene Mitgliedschaft abzutreten verpflichtet ist bzw. eine Kündigung aussprechen muß, während sich aus der ergänzenden Vertragsauslegung ein Recht der Gesellschaft ergeben kann: sie kann die verbliebene Mitgliedschaft einziehen bzw. den Gesellschafter ausschließen. Beide Institute ermöglichen es nach Ansicht des Verfassers, wirtschaftlich den gleichen Erfolg zu realisieren - in der rechtstechnischen Abwicklung jedoch auf unterschiedlichen Wegen.[2]

Schon vor Treeck haben eine Reihe von Autoren für die Doppelgesellschaft die Ansicht vertreten, für den Fall der Anteilsabtretung in nur einer Teilgesellschaft sei eine Lösung über die ergänzende Vertragsauslegung und / oder die Treuepflicht zu erreichen.[3] An diesen Vorschlägen kritisiert Treeck, sie ließen unklar, ob deren Vertreter allein das eine oder das andere

---

1) Treeck hat die Frage der Verknüpfung der Mitgliedschaften nur am Beispiel der Anteilsabtretung untersucht. Entscheidend ist der theoretische Lösungsweg, der für alle Kollisionsfälle gleichermaßen anwendbar sein muß.

2) Treeck, S. 114 f, 119 f

3) Vgl. die Darstellung von Treeck über die bisherigen Lösungsvorschläge in der Literatur, Treeck, S. 110 ff

Institut oder beide heranziehen wollten. [1]

Treeck führt aus, bei der Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht handele es sich um einen für die Feststellung der Gesellschafterpflichten geltenden Sonderfall der ergänzenden Vertragsauslegung. Voraussetzung der ergänzenden Vertragsauslegung sei, daß die von den Parteien getroffene Regelung unvollständig sei. Beim Gesellschaftsvertrag spreche man allgemein hinsichtlich der Verpflichtungen der Gesellschafter nicht von einer lückenhaften Regelung; denn die jeden Gesellschafter treffende Treuepflicht beinhalte eine allgemeine Zweckförderungspflicht, so daß insoweit eine Unvollständigkeit gar nicht denkbar sei. [2] Aus diesen Ausführungen ist der Leser geneigt zu entnehmen, die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verdränge im Gesellschaftsrecht die ergänzende Vertragsauslegung. Der Verfasser zieht diesen Schluß jedoch nicht.
Ob bei Schweigen des Gesellschaftsvertrages eine konkrete Handlungs- oder Unterlassungspflicht bestehe, bemesse sich sowohl bei der Konkretisierung der Treuepflicht als auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung aus dem Inhalt der vertraglichen Gesamtregelung, insbesondere dem Gesellschaftszweck; [3] deshalb werde man einen Erfolg, dessen Verwirklichung die Treuepflicht von den Gesellschaftern verlange, auch durch andere im Wege ergänzender Vertragsauslegung festzustellender

1) Treeck, S. 115

2) Treeck, S. 118 f

3) Treeck, S. 119

Mittel realisieren dürfen. [1] In diesem Sinne spricht der Verfasser davon, die Verpflichtung zum Austritt durch Kündigung, Austrittserklärung oder Abtretung könne sich aus der Treuepflicht ergeben, wenn der Verbleib eines Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern nicht mehr zumutbar sei, während gleichzeitig auch ein Einziehungsrecht seitens der Gesellschaft aufgrund ergänzender Vertragsauslegung hergeleitet werden könne. [2]

Für denselben Sachverhalt stehen also nach Treeck beide Institute wahlweise zur Verfügung, wobei die Entscheidung für das eine oder andere von der gewünschten Rechtsfolge her getroffen werden kann.

Eine nähere Begründung für die Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen beider Institute gibt Treeck nicht. Er verweist lediglich auf die bekannte Entscheidung des BGH zum Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters, durch die er seine Ansicht bestätigt sieht. [3] Der BGH habe ausgeführt, ein Gesellschafter, der die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zerstöre, verstoße gegen die Treuepflicht und müsse daher aus der Gesellschaft ausscheiden. Da der BGH der Gesellschaft wegen des Treuepflichtverstoßes ein Einziehungsrecht eingeräumt habe - nicht, wie der Verfasser offensichtlich erwartet hat, eine Austrittspflicht des Gesellschafters - , sei der durch die Treuepflicht gebotene Erfolg auf andere Art und

---

1) Treeck, S. 119

2) Treeck, S. 118, 120

3) Treeck, S. 119 unter Hinweis auf BGH 9, S. 157 ff (163 f)

Weise durch ergänzende Vertragsauslegung erreicht worden.[1)]

Treeck übersieht, daß der BGH keine Aussage über das Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht gemacht hat. Das ergibt sich aus der Art seiner Argumentation. Der BGH hat zunächst grundsätzlich die Möglichkeit eines Ausschlusses aus einer GmbH, der bekanntlich im GmbH-Gesetz nicht vorgesehen ist, bejaht. Die Grundlage sah er einmal in dem allgemeinen Rechtsgedanken, wie er in §§ 737 BGB, 140 HGB und 161 HGB zum Ausdruck kommt. Zum anderen führte er ihn ferner auch auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zurück. Anschließend hat er sich über mehrere Seiten mit dem "Wie" des Ausschlusses befaßt und alle Möglichkeiten (Einziehung, Austrittserklärung, Ausschlußklage, Abtretung usw.) abgewogen. Es ist in keiner Weise die Rede davon, ein bestimmter Ausschlußmodus sei von der Wahl eines bestimmten Rechtsinstituts abhängig - Treuepflicht oder ergänzende Vertragsauslegung -, vielmehr ging es dem BGH allein darum, unter umfassender Abwägung der Interessen der Gesellschaft, der Mitgesellschafter und des ausscheidenden Gesellschafters den praktischsten und gerechtesten Weg des Ausscheidens zu ermitteln. Allein daraus, daß der BGH aus einem Pflichtverstoß eines Gesellschafters ein Recht der Gesellschaft zur Einziehung hergeleitet hat, läßt sich nicht entnehmen, er habe diese Rechtsfolge aus dem Institut der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet.

---

1) Treeck, S. 119

Nach alledem können also die theoretischen Ausführungen von Treeck zum Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und Treuepflicht nicht überzeugen.

## 2. Eigener Abgrenzungsversuch zwischen gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung

Da die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht eine Ausgestaltung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt,[1] kann eine Abgrenzung zwischen gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung nur auf dem Verhältnis zwischen dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben und der ergänzenden Vertragsauslegung aufbauen.

### a) Ergänzende Vertragsauslegung und § 242 BGB[2]

Die Autoren, die der ergänzenden Vertragsauslegung ihre Berechtigung absprechen und sie für überflüssig halten, begründen ihre Ansicht im wesentlichen damit, daß eine Abgrenzung zwischen ergänzender Vertragsauslegung und der Anwendung des allgemeinen

---

1) Vgl. oben S. 44

2) Der Verfasser stützt sich zunächst in der allgemeinen Einordnung der ergänzenden Vertragsauslegung auf die methodologischen Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht von Sandrock,
Sandrock, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht. – Die Abgrenzung erfolgt nach rein theoretischen Gesichtspunkten. Unten wird die theoretisch klare Abgrenzung für die richterliche Praxis wieder abgeschwächt. Da die Gründe menschlich-praktischer Natur sind, sind sie bei der theoretischen Abgrenzung zunächst außer acht zu lassen, vgl. unten S. 63 ff

Grundsatzes von Treu und Glauben nicht möglich sei.[1] Die ergänzende Vertragsauslegung sei keine "Auslegung" mehr, sondern Anwendung neu zu schaffender bzw. von der Rechtsprechung schon entwickelter Rechtsnormen in Form der Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben. Die Kritiker verweisen auf die objektivierende Betrachtung,[2] wie sie die herrschende Meinung im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vollzogen hat. Aus der objektivierenden Betrachtung der herrschenden Meinung ergebe sich, daß für einen nicht geregelten Punkt eine Lösung nicht mehr durch Zuendedenken des konkreten Rechtsverhältnisses gefunden werde, sondern daß in Wirklichkeit objektive Rechtsnormen angewandt würden.[3]

Begründet die herrschende Meinung[4] die Berechtigung der ergänzenden Vertragsauslegung damit, daß die Zahl der dispositiven Rechtssätze beschränkt sei und folglich das Gesetz nicht für alle ergänzungsbedürftigen Punkte einen Rechtssatz zur Verfügung stelle, so führen die Kritiker dagegen aus,[5] ein Vertrag unterstehe nicht nur dem Gesetz, sondern der gesamten Rechtsordnung in ihrer ganzen Fülle. Dazu gehörten das Verfassungsrecht, das Naturrecht, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht und die aus den genannten

---

1) So z.B. Henckel AcP S. 124; Pilz S. 97 ff; Mangold NJW 61, S. 228 f

2) Vgl. oben S. 42

3) Den gleichen Standpunkt eines krassen Objektivismus hat früher schon Franz Leonhard eingenommen, vgl. dazu den historischen Überblick bei Sandrock, S. 16 und 19

4) Vgl. z.B. H.Lehmann, AT, 13. Aufl. 1962, S. 203

5) Vgl. Pilz, S. 91 ff

Kategorien durch Auslegung, Analogie, Umkehrschluß von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Rechtssätze. Aus dieser Fülle von Rechtssätzen könne im allgemeinen ein ergänzungsbedürftiger Punkt eine Regelung finden. Soweit kein Rechtssatz bestehe, werde er vom Richter für den konkreten Fall neu gebildet. Wiederhole sich der Fall, so erstarkten die einzelnen Rechtssätze zur ständigen Rechtsprechung und damit würden sie zum Gewohnheitsrecht. Daraus - so wird gefolgert - ergebe sich, daß es sich bei der ergänzenden Vertragsauslegung - "Vertragspseudoauslegung" - von vornherein um die Anwendung der objektiven Rechtsordnung handele. In ähnlichem Sinne argumentiert Henckel, der ebenfalls nicht mehr von Auslegung, sondern von Fortbildung des objektiven Rechts sprechen will, während Mangold sagt, in Ermangelung einer speziellen Norm habe eine Ergänzung nach § 242 BGB zu erfolgen.[1)]

Nach Ansicht der Kritiker der ergänzenden Vertragsauslegung gibt es also nur eine Fortbildung des objektiven Rechts. Ist in einem Rechtsverhältnis ein Punkt offengeblieben, der sich aus den bestehenden Rechtsnormen nicht lösen läßt, so hat der Richter das Recht zu ergänzen. Von dieser These ist es konsequent, die Berechtigung der ergänzenden Vertragsauslegung zu verneinen, da für diesen einen Vorgang der Fortbildung des Rechts ein Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB nicht erforderlich ist; denn die Rechtsfortbildung erfolgt anerkanntermaßen gem. § 242 BGB.

Demgegenüber hat zuletzt Sandrock anhand zahlreicher Beispiele aufgezeigt, daß zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung wesensmäßige Unterschiede bestehen. Er hat die These aufgestellt, im Rahmen von atypischen, individuellen Sachverhalten könne eine Regelungslücke nicht durch Fortbildung des objektiven Rechts gem. § 242 BGB geschlossen werden; atypische, individuelle Sach-

---

1) Vgl. Nachweise S. 55 Anm. 1

verhalte seien nur einer Einzelfallentscheidung, d.h. einer Entscheidung aus dem konkreten Rechtsverhältnis heraus zugänglich. Diese individuelle Entscheidung sei etwas qualitativ anderes als die Bildung von Rechtsnormen: begrifflich, im methodischen Vorgehen und im praktischen Ergebnis. Bedeutung und Berechtigung des Instituts der ergänzenden Vertragsauslegung liegen nach Sandrocks Ansicht gerade darin, daß sie den konkreten Rahmen für eine Einzelfallentscheidung abgeben, während "generelle" Entscheidungen im Rahmen der Rechtsfortbildung erfolgen.

Generellen Entscheidungen, wie sie in Rechtsnormen, insbesondere in den gesetzlichen Normen enthalten sind, ist ihrer Intention nach ein Zug zur Schematisierung und zur Vergröberung eigen, wobei das Individuelle und Besondere hinter dem Allgemeinen zurückstehen muß. Der Mangel an Individualität äußert sich in Rechtssicherheit, denn nur verallgemeinernde Normen können ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit gewährleisten. - Da die vorhandenen Rechtsnormen nie alle auftretenden Fragen erfassen, treten immer wieder neue Lücken auf. Die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse läßt Fragen auftreten, die bisher nicht geregelt worden sind. Die erforderliche Ergänzung der Rechtsnormen muß, worauf Sandrock[1] mit besonderem Nachdruck hingewiesen hat, ihrer Qualität nach den Rechtsnormen, d.h. den für diese typischen generellen Entscheidungen entsprechen. Das ist an sich selbstverständlich, da andernfalls der Charakter der Norm nicht erhalten

1) Sandrock, S. 63

bliebe – wird aber häufig nicht genügend hervorgehoben.[1] Der Richter, der durch Fortbildung des objektiven Rechts eine neue generelle Regelung schaffen will, muß also nicht allein den konkreten Einzelfall bedenken, sondern wie ein Gesetzgeber eine Vielzahl zukünftiger Fälle im Auge haben und gleichsam mit entscheiden; das erfordert ein Absehen vom Besonderen und eine Hinwendung zum Allgemeinen und Typischen. Dies gilt nicht nur, soweit der Richter eine echte Gesetzeslücke ausfüllt,[2] sondern bei jeder Rechtsfortbildung, die z.B. auch bei der Ausfüllung von Generalklauseln vorgenommen wird.

Die Rechtsprechung hat fortwährend das Recht in diesem Sinne ergänzt, indem neue verallgemeinernde Regeln aufgestellt wurden, die über den Einzelfall hinaus Geltung beanspruchen.

Es gibt Fälle, wie die von Sandrock aufgeführten,[3] bei denen eine verallgemeindernde Entscheidung in dem dargestellten Sinne nicht möglich ist, sei es, weil sie vom Sachverhalt oder sei es, weil sie von den Vereinbarungen der Parteien her völlig atypisch sind. Das wird schon dadurch deutlich, daß eine verallgemeindernde Entscheidung in abstrakter Form gar nicht

---

1) Man hat z.B. gesagt, der Meinungsstreit darüber, ob im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung dispositives Recht angewandt oder ein Vertrag ausgelegt werde, sei nur terminologischer Natur, so Flume, Allg. Teil, § 16 4 S. 322

2) Zum Begriff der Gesetzeslücke vgl. Canaris, S. 129 ff. Eine Gesetzeslücke liegt danach nur vor, wo nach dem inneren Sinnzusammenhang einer gesetzlichen Regelung eine Vorschrift vermißt wird.

3) Vgl. unten S. 59 ff

zu formulieren ist. Wie sollte man z.B. eine allgemeine Regel darüber aufstellen, ob derjenige, der eine Erbgrabstätte zu einer Zeit gepachtet hat, als es noch keine Einäscherung gab, nach Einführung der Leichenverbrennung auch Aschenreste beisetzen lassen darf? [1]

Ist ein atypischer Fall nicht abschließend geregelt, dann kann nicht das objektive Recht forgebildet werden, vielmehr ist ein eigenes Entscheidungsverfahren, die "ergänzende Vertragsauslegung", erforderlich, bei dem die Gerechtigkeit des Einzelfalles im Vordergrund steht.

Als Ergebnis bleibt also festzustellen, daß eine ergänzende Vertragsauslegung dann zum Zuge kommt, wenn einem nicht geregelten Punkt lediglich individuelle Bedeutung im Rahmen eines konkreten individuellen Rechtsverhältnisses zukommt, während eine Ergänzung des objektiven Rechts erforderlich ist, wenn eine allgemeine typische Frage zu entscheiden ist.

Dies sei an einigen praktischen Beispielen[2] erläutert:

Fall A: A pachtet von einer Kirchengemeinde ein Erbbegräbnis. Nach einer Zeit wird die Leichenverbrennung eingeführt. Es stellt sich die Frage, ob die Aschenüberreste beigesetzt werden dürfen.

Fall B: B verpflichtet sich, zu einer Zeit, wo es nur Handspritzen gab, als Konzessionär des städtischen Wasserwerks zur Speisung der Spritzen bei Bränden das Wasser unentgeltlich zu liefern. Nach Einführung von Dampfspritzen tritt die Frage auf, ob auch diese Spritzen unentgeltlich zu versorgen sind.

---

1) Vgl. diesen Beispielsfall auf dieser Seite unten unter Fall A

2) Vgl. Sandrock, S. 54 ff

Fall C: C bestellt einer Bank, mit der er in Geschäftsverbindung steht, ein Pfand "für alle Forderungen, welche der Bank gegen ihn zustehen". Später tritt die Frage auf, ob dieses Pfandrecht sich auch auf Forderungen erstreckt, die der Bank von Dritten abgetreten worden sind.

Diese Fälle lassen sich nur von der individuellen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung her lösen.[1] Die Formulierung eines allgemeinen Rechtssatzes, der auf den konkreten als auch auf andere Fälle anwendbar ist, ist nicht möglich.[2] Der Grund für diese Unmöglichkeit liegt in der Atypik des Sachverhaltes (Übergang zur Leichenverbrennung) oder in der rechtsgeschäftlichen Regelung der Parteien (Vereinbarung, Wasser kostenlos für die Spritzen bei Bränden zur Verfügung zu stellen). Im einzelnen hat Sandrock weitere Fälle aus der Rechtsprechung dargestellt, die kraft ihrer Atypik, Besonderheit, Individualität keine Fortbildung des dispositiven Rechts erlauben.

Fall D: Zwei Ärzte aus verschiedenen Städten tauschen ihre Praxen. Nach einiger Zeit kehrt der eine Arzt wieder in seine Heimatstadt zurück und eröffnet dort wieder eine eigene Praxis im Einzugsgebiet seiner ehemaligen Praxis.[3] Es stellt sich die Frage, ob die Rückkehr rechtlich zulässig ist.

Fall E: In einem Mietvertrag ist nichts darüber bestimmt, ob der Mieter das Recht hat, eine Radio- oder Fernsehantenne oder Licht- und Telefonanschlüsse anzubringen.[4]

Fall F: Ein Rechtsanwalt zieht aus einer gemieteten Praxis in eine neue Praxis um. Hat er ein Recht darauf, ein altes Schild mit Umzugsvermerk an seiner ehemaligen Praxis hängen zu lassen?[5]

Fall G: Darf ein Mieter eines Geschäftsraumes die Außenwand zu Reklamezwecken benutzen?

---

1) Vgl. auch die Entscheidung des BGH in BGHZ 7, 143 ff. Dazu Sandrock, Anm. 186 a

2) Sandrock, S. 70 f

3) Vgl. BGHZ 16, 71; Larenz, NJW 1963, S. 738

4) Sandrock, Anm. 161

5) Sandrock, Anm. 160

Den Fällen von D bis G liegen typische im Verkehrsleben immer wieder zu beoachtende Sachverhalte zugrunde. Hier ist eine Fortbildung des objektiven Rechts geboten.[1)]

Es mag der Einwand vorgebracht werden, es sei im konkreten Fall nicht leicht zu entscheiden, ob eine Frage allgemeine Bedeutung habe oder nicht. Das ist richtig. Die Abgrenzung ist fließend. Das wird man in Kauf nehmen müssen, da zumindest die Grundsätze hinreichend klar bestimmt sind. Im Vergleich zu der weitverbreiteten Unsicherheit, die im allgemeinen bezüglich der ergänzenden Vertragsauslegung und ihrer Abgrenzung zum allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben besteht, bringt die Trennung zwischen Einzelfallentscheidung und Rechtsfortbildung in Form einer generellen Entscheidung eine größere theoretische Klarheit, die in der Rechtspraxis dazu führt, das Bewußtsein für den Unterschied zwischen Einzelfallentscheidung und Bildung von Rechtsnormen zu stärken.

Die Abgrenzung ist nicht nur von theoretischem Interesse, sie ist auch im Hinblick auf die Frage der Überprüfbarkeit in der Revision (Auslegung nach § 157 BGB ist Tatfrage, unmittelbare Anwendung des Grundsatzes vor Treu und Glauben nach § 242 BGB ist Rechtsfrage) und der Anfechtbarkeit (Tatsachenirrtum auf der einen, Rechtsirrtum auf der anderen Seite) von erheblicher praktischer Bedeutung.[2)]

---

1) Fall D – Praxistausch – wird häufig m.E. zu Unrecht als Beispiel für die ergänzende Vertragsauslegung herangezogen, vgl. die S.60 in Anm.3 gegebenen Nachweise.

2) Pilz, S. 22; Henckel, S. 122 ff; Sandrock, S. 117 ff; a.A. Flume, § 16 4, S. 322. Der Verfasser gibt keine nähere Begründung für seine Ansicht. – Die genannten Unterschiede hindern nicht an einer Gleichbehandlung von ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung in einigen anderen Punkten, vgl. unten S.74 ff

Bei dem bisherigen Abgrenzungsversuch wurde auf positiv rechtliche Vorschriften noch nicht eingegangen. Das hat seinen Grund darin, daß die Rechtfertigung der ergänzenden Vertragsauslegung und der Rechtsfortbildung sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz herleiten lassen. Auch ohne positiv rechtlichen "Aufhänger" ergeben sich die Notwendigkeit und Berechtigung beider Institute schon aus dem System unseres Gesetzesrechts.[1] Sie müßten zulässig sein, auch wenn es keine gesetzliche Vorschrift gäbe.

Gleichwohl ist es aber nicht notwendig, auf positive Rechtsgrundlagen zu verzichten. Es ist legitim, methodische Grundentscheidungen in das Gesetzesrecht zu integrieren; einen Weg dazu bieten die Generalklauseln, die ohne eine Präzisierung ohnehin nicht anwendbar wären. Mit dieser Modifizierung bestehen keine Bedenken, als Rechtsgrundlage für die ergänzende Vertragsauslegung in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung die Generalklausel des § 157 BGB anzusehen.

Der Unterschied zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung macht es erforderlich, auch die positiv rechtlichen Vorschriften klar voneinander zu trennen. Als Rechtsgrundlage für die Fortbildung des dispositiven Rechts kommt allein die Generalklausel des § 242 BGB in Betracht.

Überblickt man die Vielzahl der zu § 242 BGB ergangenen Entscheidungen, so wird man manche typische Einzelfallentscheidung finden können, die wir nach dem bisher Ausgeführten der ergänzenden Vertragsauslegung zuordnen müssen.[2] Ebenso wird auch manche Rechtsfortbildung zu Unrecht als Einzelfallentscheidung ausgegeben.[3] Andererseits ist aber auch nicht zu übersehen, daß unter Hinweis auf § 242 BGB schon sehr weitgehend das Recht fortgebildet worden ist.[4] Auch soweit man die Einzelfallentscheidung nicht exakt aus § 242 BGB aussondert, wird die Forderung anerkannt, daß im Rahmen des

---

1) Sandrock, S. 104, 115

2) Vgl. die oben angeführten Nachweise S. 60 und 61

3) Vgl. dazu z.B. die Schadensliquidation im Drittinteresse in der Darstellung von Erman-Hefermehl, § 157 7 b unter Hinweis auf BGHZ 15, 224

4) Vgl. Wieacker, Präzisierung, S. 36 ff; Staudinger-Weber, § 242 A 3 a.E.

§ 242 BGB feste Leitsätze und Fallgruppen[1] entwickelt werden müssen. Esser sagt in diesem Sinne, § 242 BGB gebe eine Anweisung zu einer richterlichen Normbildung, sie folge keineswegs kampflos der kasuistischen Erfahrung, sondern verlange jeweils an einem konkreten Fall in der Formung von Leitsätzen eine normschöpfende Willensentscheidung des Richters.[2]

Die theoretisch klare Abgrenzung zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung darf nicht dazu verleiten, einen Gesichtspunkt zu übersehen, der für die richterliche Praxis große Bedeutung hat. In der Praxis kann die ergänzende Vertragsauslegung eine Funktion haben, die bisher noch unerwähnt geblieben ist: Sie bereitet in manchen Fällen eine Rechtsfortbildung vor. Eine zu entscheidende Frage mag noch so sehr eine allgemeine Bedeutung haben - ein Richter, der nicht auf anerkannte Entscheidungen anderer Gerichte oder zumindest auf eine gefestigte Literaturmeinung zurückgreifen kann, wird eine "neue" Entscheidung - wie z.B. hier die Lösung eines Kollisionsfalles in einer GmbH & Co KG - methodisch im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung fällen.[3] Der Grund ist menschlicher Natur und liegt darin, daß ein Richter aus Vorsicht einer Rechtsfortbildung zunächst ausweicht, da er nicht weiß, ob die von ihm getroffene Entscheidung als allgemeine, rechtsfortbildende Entscheidung Anerkennung finden wird.

---

1) Soergel-Siebert, § 242 Rdnr. 2; Erman, § 242 III 1 a, b; Staudinger-Weber, § 242 A 3, 1168

2) Esser, JZ 1956, S. 555

3) Vgl. Flume: ..."Für die Rechtsprechung ist es zudem bei der Neubildung dispositiver Rechtsnormen durchaus sachgerecht, daß sie sich hinsichtlich des dispositiven Rechtssatzes nicht gleich bei der ersten Entscheidung festlegt, sondern in Betonung der Anlehnung an das individuelle Geschäft sich hinsichtlich der Überprüfung ihres Standpunktes in weiteren Entscheidungen größere Freiheit vorbehält." Allg. Teil, § 16, 4 S. 324 f

Deshalb wählt er die ergänzende Vertragsauslegung, mit der er nicht den gleichen Anspruch auf allgemeine Verbindlichkeit und Richtigkeit erhebt; vielmehr ist es ihm möglich, seine Entscheidung gerade auf die Besonderheit des konkreten Falles zu stützen, auch dann, wenn der zu entscheidende Fall von allgemeiner typischer Bedeutung ist und damit theoretisch eine Rechtsfortbildung erforderte. Auch die theoretisch klare Abgrenzung zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, wie sie hier vorgeschlagen wird, kann also in der Praxis gar nicht verhindern, daß der ergänzenden Vertragsauslegung die Aufgabe zufällt, eine Rechtsfortbildung vorzubereiten: eine Wertung, die sich im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung gefestigt und allgemeine Billigung gefunden hat, wird anschließend in die Ebene der Rechtsfortbildung übernommen. Wird die neue Entscheidung zu Anfang wesentlich auf die Besonderheiten des konkreten Falles gestützt, so treten diese immer mehr in den Hintergrund zugunsten verallgemeinernder, typisierender Formulierungen.

Diese Funktion der vorbereitenden Rechtsfortbildung, die der ergänzenden Vertragsauslegung in der Praxis zukommt, ist auf den ersten Blick unvereinbar mit der theoretisch klaren Abgrenzung zwischen Rechtsfortbildung und ergänzender Vertragsauslegung;[1] denn damit fällt in der Praxis u.U. nicht nur die Entscheidung atypischer Einzelfälle in den Bereich der ergänzenden Vertragsauslegung, sondern auch die typischen Fälle von allgemeiner Bedeutung, und zwar dann, wenn der Richter noch Zweifel an der

1) Vgl. oben S. 56 ff

Richtigkeit, d.h. an der allgemeinen Verbindlichkeit seiner Entscheidung hat.

Auf die Möglichkeit, eine Rechtsfortbildung in diesem Sinne vorzubereiten, kann nicht verzichtet werden. Sie ist notwendig, weil den Kenntnissen und Fähigkeiten eines einzelnen Richters oder eines einzelnen Gerichts Grenzen gesetzt sind. Nur ein unfehlbarer, allwissender Richter bedürfte der ergänzenden Vertragsauslegung in diesem Sinne zur vorbereitenden Rechtsfortbildung nicht. Entwickelt sich eine neue Wertung langsam im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung, so ist damit weitgehend die Gewähr gegeben, daß sie später allgemeine Anerkennung findet.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird aus theoretischer Sicht zu erörtern sein,[1] ob die Kollisionsfälle in der GmbH & Co KG eine generelle Entscheidung oder eine Einzelfallentscheidung erfordern. Wenn auch die Entscheidung zugunsten der generellen Entscheidung ausfällt, so wird doch die ergänzende Vertragsauslegung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis[2] weitgehend bei den anschließenden Ausführungen mit berücksichtigt. Das bietet sich auch deshalb an, weil Rechtsfortbildung und ergänzende Vertragsauslegung in den hier interessierenden Fragen gleich behandelt werden können.[3]

---

1) Vgl. unten S. 72 ff

2) Vgl. die vorangegangenen Ausführungen zur vorbereitenden Rechtsfortbildung

3) Vgl. unten S. 74 ff

b) Ergänzende Vertragsauslegung, Rechtsfortbildung und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Aus den bisherigen Erörterungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht,[1] zur Rechtsfortbildung und zur ergänzenden Vertragsauslegung[2] läßt sich nun die Abgrenzung zwischen gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und ergänzender Vertragsauslegung herleiten.

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht stellt eine allgemein gefaßte Gesellschafterpflicht in Form einer Generalklausel dar, aus der sich in personenrechtlichen Zusammenschlüssen verschiedene Pflichten - auch positive Handlungs- und Leistungsgebote - ergeben können, wobei der Umfang dieser Pflichten sich nach der Intensität des Gemeinschaftsverhältnisses richtet.[3] Diese allgemein gefaßte Gesellschafterpflicht hat grundsätzliche Bedeutung für alle personenrechtlichen Zusammenschlüsse. Sie ist nicht etwa nur im Hinblick auf einen einzelnen atypischen individuellen Fall in Form einer Einzelfallentscheidung geschaffen worden. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht stellt also das Ergebnis einer Rechtsfortbildung dar. Es ist methodisch richtig, als Rechtsgrundlage für diese Rechtsfortbildung § 242 BGB anzusehen.[4] Mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist das objektive Recht nicht durch eine übliche, der Subsumtion zugängliche Norm erweitert worden, sondern durch eine Generalklausel, die wegen ihrer weiten Fassung der weiteren

1) Vgl. oben S. 44 ff

2) Vgl. oben S. 54 ff

3) Vgl. oben S. 48

4) Vgl. oben S. 44 , 62

Konkretisierung bedarf.[1)]

Die erforderliche Konkretisierung dieser Generalklausel kann auf zwei Wegen erfolgen:
entweder in einer weiteren Ergänzung des objektiven Rechts oder
in einer auf den Einzelfall zugeschnittenen Entscheidung.

Diese zwei Arten der Konkretisierung sollen anhand von vier häufig in der Literatur zitierten Beispielen erläutert werden. Es wird gesagt, aufgrund der Treuepflicht könnte ein Gesellschafter gehalten sein,

(1) einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme zuzustimmen, obwohl dies im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen sei,[2)]
(2) bei der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnisse eines Mitgesellschafters mitzuwirken,[3)]
(3) keinen Konkursantrag zu stellen,[4)]
(4) der Gesellschaft keinen Wettbewerb zu machen.[5)]

In allen vier Fällen fehlt eine gesetzliche Regelung. Haben die Beteiligten in einem konkreten Fall keine vertragliche Vereinbarung bezüglich der angeschnittenen Punkte getroffen, so könnten die dann gegebenen Regelungslücken auf zwei Arten geschlossen werden: in Form einer Einzelfallentscheidung aus dem konkreten Vertragsverhältnis heraus (ergänzende Vertragsauslegung) oder in Form einer generellen Entscheidung (Rechtsfortbildung).

---

1) Vgl. oben S. 44

2) Westermann, Handbuch I Zi. 185, 242

3) Westermann, Handbuch I Zi. 220, 242

4) Vgl. dazu Westermann, Handbuch I Zi. 241 unter Hinweis auf BGHZ in WM 1968, 874

5) Baumbach-Hueck, GmbHG, Anhang zu § 35 2)

Eine allgemeine Regel für die unter (1) bis (3) genannten Fälle, unter die sich eine Vielzahl zukünftiger Fälle einordnen ließe, läßt sich nicht aufstellen. Eine Entscheidung kann nur in Form einer Einzelfallentscheidung im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung gefällt werden; Grundlage ist dabei die in einem personalistischen Zusammenschluß anerkannte gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, die im Einzelfall eine Konkretisierung erfährt. Die Pflichten (1) bis (3) ergeben sich auch nicht etwa nur aufgrund ergänzender Vertragsauslegung, ohne daß es der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bedürfe. Das zeigt folgende Überlegung: in einem nicht personalistisch geprägten Zusammenschluß, in dem keine bzw. nur eine sehr beschränkte gesellschaftsrechtliche Treuepflicht existiert, fehlt die Grundlage für die genannten Pflichten.

Dagegen läßt sich für den unter (4) genannten Fall eine Konkretisierung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in Form einer Fortbildung des objektiven Rechts vornehmen. Sie könnte etwa lauten: schließen sich mehrere Personen auf personenrechtlicher Grundlage zusammen, dann unterliegen sie einem Wettbewerbsverbot.[1] Die Frage, ob Wettbewerb zulässig ist oder nicht, ist nicht nur im Einzelfall unter besonderen Voraussetzungen von Bedeutung, sondern stellt sich bei jedem personalistischen Zusammenschluß und bedarf daher einer grundsätzlichen Antwort.

Bei der Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht finden wir also die Unterscheidung

---

1) Dieser Satz ist auf eine personalistische GmbH bezogen, da das GmbH-Gesetz kein Wettbewerbsverbot enthält.

zwischen ergänzender Vertragsauslegung gem. § 157 BGB und Rechtsfortbildung nach § 242 BGB wieder.

Diese Differenzierung läßt sich auch unmittelbar in der Formulierung klar zum Ausdruck bringen. Man könnte z.B. sagen: "Der Gesellschafter A ist verpflichtet, wie sich aufgrund ergänzender Vertragsauslegung gem. § 157 BGB in Verbindung mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergibt, bei der Entziehung der Geschäftsführerbefugnisse des Gesellschafters B mitzuwirken" (Einzelfallentscheidung) oder "der A hat aufgrund der einem Gesellschafter obliegenden Treuepflicht gem. § 242 BGB, die u.a. ein Wettbewerbsverbot beinhaltet, die Pflicht, der Gesellschaft C, an der er beteiligt ist, keinen Wettbewerb zu machen" (generelle Entscheidung). Man kann über die Zweckmäßigkeit dieser sicherlich schwerfälligen Formulierungen streiten; in der praktischen Rechtsanwendung dürfte es genügen, eine Entscheidung entweder "auf die Treuepflicht gem. §§ 242, 157 BGB" oder allein "gem. § 242 BGB" zu stützen. Damit würde der Unterschied zwischen den verschiedenen methodischen Verfahren der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung ebenfalls hinreichend klar angedeutet werden. Wichtiger als die formelle Kennzeichnung ist, daß derjenige, der einen konkreten Fall zu entscheiden hat, sich der methodischen Verschiedenartigkeit der Entscheidungsfindung bewußt wird und entsprechend verfährt. Ist das der Fall, wird der kundige Leser ohnehin aus der Entscheidungsbegründung ersehen können, ob Rechtsnormen gebildet wurden oder ob eine Einzelentscheidung getroffen worden ist.

Aus den bisherigen Ausführungen könnte der Eindruck entstehen, als erfolge eine Lückenausfüllung in einem personalistischen Verband immer nur durch Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht – und zwar als Einzelfallentscheidung im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung oder als generelle Entscheidung im Rahmen der Rechtsfortbildung. Neben der gesellschaftsrechtlichen Treue-

pflicht scheinen beide Institute keine eigene, unabhängige Bedeutung in einer personalistischen Gesellschaft zu haben. Ergänzende Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung sind jedoch nicht nur auf personalistische Gesellschaften beschränkt, sondern haben ganz allgemeine Bedeutung für alle Rechtsverhältnisse. So wird z.B. in einem gewöhnlichen Austauschvertrag eine vertraglich nicht geregelte Frage im Wege ergänzender Vertragsauslegung oder Rechtsfortbildung beantwortet, ohne daß dabei von gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht überhaupt die Rede sein kann. Diese Art der "normalen" Rechtsfortbildung und ergänzenden Vertragsauslegung kommt in einer personalistischen Gesellschaft dann zum Zuge, wenn die Lückenausfüllung im konkreten Fall unabhängig und ohne Rücksicht auf das besondere Gemeinschaftsverhältnis erfolgen kann.

Da die unten vorgeschlagenen Lösungen ohne das besonders ausgeprägte Gemeinschaftsverhältnis in der personalistischen GmbH & Co KG m.E. jedoch nicht denkbar sind, stellen sie Konkretisierungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht dar. Die Lösungen sind deshalb auch auf personalistische Gesellschaften beschränkt. Nur in diesen Gesellschaften können den Gesellschaftern zusätzliche Leistungen auferlegt werden, zu denen sie sich nicht ausdrücklich im Vertrag verpflichtet haben. Ferner kann auch nur in diesen Gesellschaften den Gesellschaftern ein Abgehen von dispositiven gesetzlichen Vorschriften in dem vorgeschlagenen Umfang zugemutet werden.

## IV. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Rahmen der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung als Lösungsweg für die Kollisionsfälle

Ausgangspunkt der bisherigen Überlegungen war die Frage nach einem methodischen Weg zur Lösung der Kollisionen in einer personalistischen GmbH & Co KG. Im Falle der mangelnden Abstimmung soll dieser Weg entweder zu einer Ausschaltung von dispositiven Vorschriften führen[1] (dingliche Lösung) oder zumindest dazu, daß den Gesellschaftern in der Ausübung formeller Rechtspositionen im Verhältnis untereinander Beschränkungen auferlegt werden können[2] (schuldrechtliche Lösung). Im Falle mangelnder Verzahnung geht es nicht um die Ausschaltung oder Beschränkung von dispositiven Regelungen, sondern hier ist sicherzustellen, daß in den "Teilgesellschaften" bestehende Rechte nur einheitlich ausgeübt werden. Es wird also hier ein methodischer Ansatzpunkt für eine Verpflichtung zu gleichförmigem Verhalten in den "Teilgesellschaften" gesucht.

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß die Rechtsordnung zur Lösung der aufgeworfenen Fragen das Rechtsinstitut der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zur Verfügung stellt, das im Rahmen der Rechtsfortbildung oder der ergänzenden Vertragsauslegung zu konkretisieren ist.

---

1) Vgl. S. 33

2) Vgl. S. 33

Bevor die Konkretisierungen für die einzelnen Kollisionsfälle behandelt werden, sind noch weitere Vorüberlegungen erforderlich, die in gleicher Weise für alle Kollisionsfälle Bedeutung haben.

Einmal stellt sich die Frage, ob die Lösung der Kollisionsfälle mit Hilfe der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als Einzelfallentscheidung oder als Rechtsfortbildung anzusehen ist.[1)]

Aus theoretischer Sicht fällt die Antwort zugunsten der Rechtsfortbildung aus. Maßgeblich für die Unterscheidung ist, wie oben ausgeführt wurde,[2)] ob die Kollisionen in einer GmbH & Co KG einen atypischen Einzelfall oder einen häufig wiederkehrenden Sachverhalt von genereller Bedeutung zum Gegenstand haben. Zwar läßt sich aus der Rechtspraxis die Häufigkeit von Kollisionsfällen nicht belegen. Die Erscheinung der GmbH & Co KG ist zu jung, als daß sich Fehler der Vertragsgestaltung, die häufig erst nach längerer Zeit, z.B. bei Wechsel der Gesellschafter durch Todesfälle zutage treten, schon in prozessualen Rechtsstreiten niedergeschlagen hätten.[3)] Der Lösung eines Kollisionsfalles kommt jedoch auch heute schon allein wegen der weiten Verbreitung der GmbH & Co KG[4)] und der großen Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung[5)] - es wird kaum eine vollständige Abstimmung und Verzahnung in einer GmbH & Co KG geben - allgemeine Bedeutung zu. Weiterhin läßt sich bei bestimmten Kollisionsfällen - bei mangelnder

---

1) Zu dieser Unterscheidung vgl. oben S. 67

2) Vgl. oben S. 56 ff

3) Vgl. Deutler, siehe oben S. 4 Anm. 1

4) Vgl. oben S. 8 Anm. 2

5) Vgl. oben S. 4

Abstimmung - die allgemeine Bedeutung auch mit den Folgen begründen, die die Lösung dieser Kollisionsfälle in dem hier vorgeschlagenen Sinn für die personalistische Einzel-GmbH haben. Der Grund liegt darin, daß sich die Lösung aus der personalistischen Struktur der GmbH & Co KG ergibt und darin besteht, daß dispositive gesetzliche GmbH-Vorschriften nicht angewandt, sondern durch solche des Personengesellschaftsrechts ersetzt werden. Diese in der GmbH & Co KG getroffene Entscheidung ist m.E. auch auf die personalistische Einzel-GmbH mit der Folge zu übertragen, daß mit Rücksicht auf deren personalistische Struktur die dispositiven körperschaftlichen Vorschriften des GmbH-Rechts durch die entsprechenden personalistischen Regelungen verdrängt werden. Die Frage, ob in einer personalistischen Einzel-GmbH von dispositiven gesetzlichen Vorschriften abgewichen werden kann, ist immer wieder Gegenstand ausführlicher Diskussionen gewesen.[1] Die Beantwortung dieser Frage hat aufgrund der weiten Verbreitung der personalistischen Einzel-GmbH, die in der Praxis weitgehend den Normalfall der GmbH darstellt, ganz erhebliche allgemeine Bedeutung.

Es wurde schon ausgeführt, daß trotz der theoretischen Argumente für eine Rechtsfortbildung in der Praxis gleichwohl häufig der ergänzenden Vertragsauslegung der Vorzug eingeräumt wird.[2] So wird sicherlich auch ein Gericht verfahren, das zum ersten Mal einen Kollisionsfall in dem hier vorgeschlagenen Sinne entscheidet. Aus diesen Erwägungen ist demnach für die Praxis die ergänzende Vertragsauslegung als

1) Statt aller vgl. Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 63 ff

2) Vgl. oben S. 63 ff

methodischer Weg zur Lösung der Kollisionsfälle nicht auszuschließen. Es wird im folgenden versucht, möglichst beide Institute bei der Erörterung zu berücksichtigen.

Zum anderen ist noch zu fragen, inwieweit den Lösungen der Kollisionsfälle in Form eines Abweichens von dispositiven gesetzlichen Vorschriften bzw. in Form von zusätzlichen Pflichten, die nicht vertraglich geregelt sind, Grenzen gesetzt sind aus allgemeinen Rechtserwägungen.

Drei Problemkreise sind zu erörtern. Zunächst ist die allgemein für die gesamte Rechtsordnung bedeutsame Frage zu beantworten, inwieweit es überhaupt zulässig ist, von dispositiven gesetzlichen Vorschriften abzuweichen, wenn keine ausdrückliche vertragliche Regelung getroffen worden ist; denn nach der gesetzgeberischen Konzeption sind die dispositiven gesetzlichen Vorschriften gerade für den Fall geschaffen worden, daß eine vertragliche Vereinbarung nicht getroffen worden ist. Dieses Problem wird in der Regel mit der ergänzenden Vertragsauslegung in Zusammenhang gebracht. So wird gefragt, ob eine ergänzende Vertragsauslegung möglich sei, wo der Gesetzgeber eine dispositive Vorschrift geschaffen habe. Die gleiche Frage ist jedoch im Verhältnis zur Rechtsfortbildung zu stellen: kann eine dispositive Regelung im Wege der Rechtsfortbildung – und nicht nur ausnahmsweise im Einzelfall – durch eine andere Regelung ersetzt

werden? Die Antwort ist in beiden Fällen die gleiche. Ist eine ergänzende Vertragsauslegung entgegen einer dispositiven Vorschrift möglich, dann muß das gleiche auch für die Rechtsfortbildung gelten, denn bei genügender Festigung und Typisierung kann aus einer anfänglichen Einzelfallentscheidung eine generelle Entscheidung im Sinne einer Rechtsfortbildung werden.

Die beiden folgenden Fragen ergeben sich aus Besonderheiten der GmbH als Körperschaft und der für die GmbH-Satzung vorgeschriebenen notariellen Form. Beide Gesichtspunkte könnten dann zu Beschränkungen führen, wenn die Lösung eines Kollisionsfalles im Rahmen der GmbH vorgenommen wird.

Die Satzung einer Körperschaft unterliegt grundsätzlich der "normähnlichen Auslegung", bei der nur der Wortlaut, wie er jedem unbeteiligten Dritten erkennbar ist, Berücksichtigung findet, während die nur den Gesellschaftern bekannten Umstände unbeachtet bleiben. Zu diesen Umständen könnten in unserem Zusammenhang z.B. das persönliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander, besondere Bindungen, besondere persönliche Fähigkeiten u.ä. zählen. Verbietet die "normähnliche Auslegung" einen Rückgriff auf den hinter dem Satzungswortlaut stehenden Lebenssachverhalt, dann wären damit Lösungen der Kollisionsfälle innerhalb der GmbH nur beschränkt möglich.

Eine ähnliche Beschränkung auf den Wortlaut der Satzung könnte darüber hinaus auch schon deshalb

geboten sein, weil für die GmbH-Satzung notarielle Form vorgeschrieben ist.

Beide Gesichtspunkte "normähnliche Auslegung" und notarielle Form betreffen in gleicher Weise die ergänzende Vertragsauslegung wie die Rechtsfortbildung. Wenn eine Einschränkung besteht, so gilt sie für beide Institute. Entscheidend ist, ob die normähnliche Auslegung und die notarielle Form überhaupt einen Rückgriff auf nur den Gesellschaftern bekannte Umstände zulassen und ob ein GmbH-Gesellschafter zu etwas verpflichtet sein kann, was sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz oder der Satzung ergibt. Bejaht man das im Einzelfall, dann ist damit auch zugleich die Möglichkeit eröffnet, daß sich die Einzelfallentscheidung durch Typisierung und Verallgemeinerung zu einer Rechtsfortbildung entwickelt.

Im folgenden braucht also bei der Erörterung der möglichen Einschränkungen durch dispositive Vorschriften, "normähnliche Auslegung" und notarielle Form zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung nicht unterschieden zu werden.

## 1. Mögliche Einschränkung der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung durch bestehende dispositive Gesetzesvorschriften

Die Frage nach dem Verhältnis der hier vorgeschlagenen Lösungswege für die Kollisionen zu den gesetzlichen dispositiven Vorschriften tritt nur für die Fälle mangelnder Abstimmung[1] auf, denn nur hier geht es darum, eine dispositive Vorschrift auszuschalten, während es bei mangelnder Verzahnung[2] nur entscheidend ist sicherzustellen, daß die Gesellschafter von den ihnen in den Teilgesellschaften zustehenden Rechten einheitlichen Gebrauch machen. Dispositive Vorschriften auszuschalten, ist dabei nicht erforderlich.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Existenz von dispositiven Vorschriften in gleicher Weise zu einer Einschränkung der Rechtsfortbildung wie der ergänzenden Vertragsauslegung führen könnte.[3] Wenn im folgenden allein von der ergänzenden Vertragsauslegung und deren Verhältnis zum dispositiven Recht gesprochen wird, so geschieht das zur Vereinfachung der Darstellung, weil in dieser Form das Problem in der Regel behandelt wird.[4] Die Ausführungen

---

1) Vgl. oben S. 3

2) Vgl. oben S. 3

3) Vgl. oben S. 74, 75

4) Vgl. z.B. Larenz in NJW 1963, S. 737 ff

beziehen sich aber entsprechend auch auf das Verhältnis zwischen der Fortbildung des dispositiven Rechts und gesetzlichen dispositiven Vorschriften.

Nach Ansicht des BGH und eines Teiles des Schrifttums [1] ist für die ergänzende Vertragsauslegung dort kein Raum, wo der Gesetzgeber dispositive Vorschriften aufgestellt hat. Denn die Aufgabe dieser Vorschriften bestehe darin, die Lücken vertraglicher Parteivereinbarungen zu schließen. Auf der anderen Seite wird der ergänzenden Vertragsauslegung der Vorrang vor dem dispositiven Recht eingeräumt, da sie den Sinngehalt einer vertraglichen Regelung erst erschließe. [2]

Der Streit um das Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und dispositiven Normen liegt im gesetzgeberischen Grundkonzept begründet: er folgt notwendig aus der vom Gesetzgeber gewährten Gestaltungsfreiheit bei gleichzeitiger Vorgabe einer beschränkten Zahl von typischen Rechtsverhältnissen.

Ein Abgrenzungsproblem tritt dann nicht auf, wenn ein konkret vereinbartes Rechtsverhältnis nicht im Gesetz geregelt ist. [3] Schwierigkeiten bestehen auch nicht,

---

1) BGHZ 16, S. 76; 40, S. 103; Palandt-Danckelmann, § 157 2 a; Ennecerus-Nipperdey, § 205 II 2; Erman-Westermann, § 133 3, unter Hinweis auf BGH LM § 133 (A) Nr. 5

2) Staudinger - Coing, § 133, 37; Erman - Hefermehl, § 157 7 d; Oertmann, Kommentar, § 157, Anm. 1 b; RGZ 131, 143 (351); ROHG 22, 361; Soergel - Siebert - Knopp, § 153 Rn 103-106; Winkler, S. 11; Larenz, NJW 1963, S. 740

3) Ein Beispiel für ein neues Rechtsverhältnis stellt der Praxistausch zwischen zwei Ärzten dar. Die Neuartigkeit hat darin ihren Ausdruck gefunden, daß der BGH zunächst die Zulässigkeit dieses Rechtsverhältnisses untersucht hat. Vgl. BGHZ 16, 71 ff

wenn ein Rechtsverhältnis eine gesetzliche Regelung erfahren hat; dann muß der Richter sich grundsätzlich an die in den dispositiven Vorschriften enthaltene Regelung halten, da sie das zum Gegenstand haben, was durch den typischen Sinn und Zweck des Vertrages gefordert wird. Andernfalls würde man schon in einem Kernbereich darauf verzichten, gleichartige Fälle gleichmäßig zu behandeln. Dann könnte, wie Henckel befürchtet, [1] das dispositive Recht durch eigene Rechtsfindung des Richters praktisch beiseite geschoben werden. Schließlich wäre es auch prozeßökonomisch gar nicht zu vertreten, müßte der Richter in jedem Einzelfall prüfen, was sich aus dem Sinn und Zweck gerade eines konkreten Vertrages ergibt. [2]

Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Anwendung dispositiver Vorschriften und der ergänzenden Vertragsauslegung treten jedoch auf, wenn die Beteiligten weder ein neues, völlig atypisches Rechtsverhältnis vereinbart haben noch Interessenlage und Vertragszweck mit dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Normalfall eindeutig in Übereinstimmung stehen. An diesen Fällen entfaltet der Meinungsstreit über das Verhältnis von dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung seine praktische Bedeutung.

Ausgangspunkt der Lösung muß die Unterscheidung zwischen den gesetzlichen Bestimmungen eines Rechtsverhältnisses und dem dahinter stehenden Lebenstypus sein, den der Gesetzgeber sich bei seiner Wert-

1) Vgl. Henckel, S. 117, 122

2) Larenz, NJW 1963, S. 740

entscheidung vorgestellt hat. Nicht jeder Vertrag, der den allgemeinen gesetzlichen Merkmalen eines bestimmten Vertragstypus entspricht, ist im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen ein "typischer". Der Umfang des durch abstrakte begriffliche Merkmale festgelegten Gesetzestypus ist vielfach weiter als der des vom Gesetzgeber vorgestellten "Lebenstypus", auf den sich die vom Gesetzgeber gefundenen Wertungen in erster Linie beziehen.[1)]

Entspricht die Interessenlage, der Sinnzusammenhang eines Vertrages in einem konkreten Fall nicht dem vom Gesetzgeber unterstellten Lebenstypus, dann wäre es sinnwidrig, in einem nicht geregelten Punkt die Vorschriften des Gesetzes in jedem Fall anwenden zu wollen. So hat z.B. der Gesetzgeber im Rahmen der dispositiven gesetzlichen Regelung dem Käufer ein Nachbesserungsrecht versagt, weil der Verkäufer typischerweise Händler oder Verteiler ist, nicht aber Produzent oder Hersteller und weil er daher zu einer sachgemäßen Ausbesserung der Kaufsache regelmäßig nicht in der Lage ist. Das braucht nicht bei jedem Kaufvertrag so zu sein; z.B. wenn jemand eine zuvor von ihm hergestellte Sache ausdrücklich als seine eigene Arbeit verkauft und dabei das Vertrauen des Käufers auf sein fachliches Können in Anspruch nimmt. Hier könnte es sich aus den Umständen und dem besonderen Sinn dieses Vertrages rechtfertigen,

1) Larenz, NJW 1963, S. 740. Unter Hinweis auf die Methodenlehre desselben Verfassers, S. 439; zur Unterscheidung von Typus und Rechtsform vgl. auch H.P. Westermann, oben S.20 Anm. 1) u. 2)

in der Frage des Nachbesserungsrechtes nicht die dispositive gesetzliche Regelung [1] maßgeblich sein zu lassen, sondern aufgrund ergänzender Vertragsauslegung dem Käufer ein Nachbesserungsrecht zuzugestehen.[2]

Entscheidende Frage ist, wann eine Abweichung vom zugrunde gelegten Typus so wesentlich ist, daß eine Anwendung des dispositiven Rechts ausscheiden muß. Es lassen sich dafür keine festen Maßstäbe aufstellen - die Wesentlichkeit der Abweichung stellt eine Generalklausel dar, die im Einzelfall nur die Rechtsprechung konkretisieren und im Laufe der Zeit zu Grundsätzen verdichten kann.[3] Den Hintergrund für die Wesentlichkeit der Abweichung bildet das Spannungsverhältnis der formalen Rechtsgüter der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf der einen und der Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen Seite. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordern eine möglichst weitgehende Geltung der dispositiven Vorschriften. Je geringere Anforderungen man an die Wesentlichkeit stellen würde, umso mehr würden diese Rechtsgüter hinter der Einzelfallgerechtigkeit zurückstehen.

Im Zweifel ist eher der Rechtssicherheit der Vorzug zu geben und eine dispositive Vorschrift anzuwenden, als sich mit einer zu sehr auf den Einzelfall ausge-

---

1) Kein Nachbesserungsrecht, lediglich Sachmängelhaftung in Form von Wandlung, Minderung bzw. Schadenersatz i.S. §§ 459 ff BGB

2) Larenz, NJW 1963, S. 740

3) Zur Generalklausel im Unterschied zur "normalen" Norm vgl. oben S. 40

richteten Entscheidung der Gefahr der Willkür auszusetzen. Das muß insbesondere dann gelten, wenn ein allgemein bekannter Vertragstypus gewählt wird und die dispositiven Vorschriften des Typus bekannt oder doch zumindest leicht zugänglich sind.

Bei Bestehen einer dispositiven gesetzlichen Vorschrift kann also eine ergänzende Vertragsauslegung nicht schon dann in Betracht kommen, wenn nur der allgemeine Eindruck besteht, die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten hätten unter Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen besser daran getan, eine Einzelfrage in Anweichung zur gesetzlichen Dispositivvorschrift zu regeln. Vielmehr ist eine eindeutige Feststellung zu fordern, die gesetzliche Regelung sei sinnwidrig, so daß der Zweck der Vereinbarung nicht erreicht werden kann.

Daraus folgt als vorläufiges Ergebnis für die Lösung der Kollisionsfälle in einer personalistischen GmbH & Co KG: ergibt sich eindeutig, daß von den Beteiligten "eine Gesellschaft" gewollt ist, die von dem typischen Erscheinungsbild einer Kapitalgesellschaft abweicht, dann können grundsätzlich – falls nicht sonstige Einschränkungen zum Zuge kommen[1] – die dispositiven Vorschriften des GmbH-Rechts durch andere ersetzt werden. Das werden häufig wegen des personalistischen Zuschnitts der Gesellschaft Vorschriften des Personengesellschaftsrechts sein. An die Wesentlichkeit der Abweichung sind strenge Maßstäbe zu stellen. Sie könnte z.B. zu bejahen sein, wenn zwei oder drei Personen sich in einer GmbH & Co KG zusammen-

1) Vgl. dazu das folgende

schließen und in wesentlichen Punkten die typischen Elemente einer Personengesellschaft anzutreffen sind, wie z.B. persönliche Mitarbeit in Form der Geschäftsführung, Einstimmigkeitsprinzip bei wichtigen Entscheidungen. Die Abweichung vom gesetzlichen Typus wird dadurch möglicherweise verstärkt, daß in einer GmbH & Co KG die GmbH und die KG nur Teile einer wirtschaftlichen Einheit sind, nicht aber zwei selbständige Zusammenschlüsse, in denen jeweils alle Punkte, die notwendigerweise bei einem Zusammenschluß zu regeln sind, enthalten sind.[1] Die Unselbständigkeit der Teilgesellschaften kann so ausgeprägt sein, daß es widersinnig wäre, sie als selbständige Einheiten zu behandeln, z.B. die Frage der Anteilsabtretung allein nach dem Recht einer Teilgesellschaft zu entscheiden.

2. Mögliche Einschränkung der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung in der GmbH durch die "normähnliche" Auslegung einer Satzung

Haben die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten einen einzelnen Punkt nicht ausdrücklich geregelt und besteht auch keine gesetzliche Regelung, so erfordert die dann notwendige Lückenausfüllung eine "Auslegung" - sowohl bei der Lückenausfüllung in Form der Einzelfallentscheidung (ergänzende Vertragsauslegung) als auch der generellen Entscheidung (Rechtsfortbildung). "Auslegung" bedeutet im allgemeinen, daß anhand der den Beteiligten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

1) Dieser Gesichtspunkt entfällt in der personalistischen Einzel-GmbH. Bei ihr kann nur die personalistische Struktur die Abweichung vom gesetzlichen Normalstatut begründen.

bekannten bzw. erkennbaren Umständen und ihrer sonstigen Parteierklärungen zu ermitteln ist, was sie vernünftigerweise gewollt haben und wie vom Vertragszweck her die Regelungslücke geschlossen werden kann.[1] Dieses den Sinn ermittelnde Auslegungsverfahren bringt in einer Personalgesellschaft keine besonderen Probleme mit sich. Für den Bereich der GmbH ist jedoch zweifelhaft, nach welchem Maßstab eine GmbH-Satzung auszulegen ist. Man spricht davon, bei der Auslegung einer Satzung könnten nur bestimmte, unbeteiligten Dritten erkennbare Umstände berücksichtigt werden.[2]

Bei genauerem Hinsehen zerfällt die Frage nach dem Auslegungsmaßstab einer GmbH-Satzung in drei verschiedene Problemkreise: die Auslegung der GmbH-Satzung als formbedürftiger Vertrag, als "Erklärung an die Öffentlichkeit" und als Grundlage eines körperschaftlichen Verbandes. Diese drei Gesichtspunkte werden häufig nicht ausreichend unterschieden, oft wird nur ein einziger in den Vordergrund gestellt.

Einschränkungen, die allgemein bei der Auslegung von formbedürftigen Verträgen gelten, erfordern keine unterschiedliche Behandlung der GmbH-Satzung im Vergleich zum Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft oder überhaupt zu anderen form-

1) Vgl. oben S. 41 ff

2) Vgl. oben S. 43 Anm. 4

bedürftigen Verträgen.[1] Auch die Behandlung einer GmbH-Satzung unter dem Gesichtspunkt der "Erklärung an die Öffentlichkeit" bezüglich der das Außenverhältnis betreffenden Bestimmungen beruht nicht auf dem körperschaftlichen Charakter einer GmbH; sie erfordert keine eigene Auslegungsmethode für die GmbH im Gegensatz zur Personalgesellschaft, die damit zu begründen wäre, eine GmbH-Satzung sei einer Rechtsnorm ähnlich. Die Rechtsscheinsgrundsätze für Erklärungen an die Öffentlichkeit gelten allgemein - für Körperschaften wie für Personengesellschaften[2] und darüber hinaus dann, wenn eine interne vertragliche Vereinbarung im Rahmen des Handelsverkehrs zur Grundlage eines Handelns gegenüber einem Außenstehenden gemacht wird.[3] Die Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze für Erklärungen an die Öffentlichkeit führt dazu, daß ein gutgläubiger Dritter, der Außenstehender ist und bleibt, so gestellt wird, als ob eine Satzungs-

---

1) Nitschke, S. 166

2) Zwar braucht der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft nicht bei der Anmeldung zum Handelsregister mit eingereicht zu werden, aber alle wesentlichen das Außenverhältnis betreffenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages werden durch die Eintragung bekannt gemacht. Die diesbezüglichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sind nach objektiven Maßstäben so auszulegen, wie sie im Rechtsverkehr erkennbar geworden sind. Die Gesellschafter müssen sich den objektiven Erklärungswert des Gesellschaftsvertrages zurechnen lassen, sie können sich nicht darauf berufen, etwas anderes gewollt und gemeint zu haben, Nitschke, S. 166

3) Nitschke, S. 166

bestimmung den ihr nach dem objektiven Erklärungswert zukommenden Inhalt hätte.[1)]

Hier soll der dritte Aspekt, der bei der Auslegung einer GmbH-Satzung eine Rolle spielt, behandelt werden: die normähnliche Auslegung der Satzung als Grundlage eines körperschaftlichen Verbandes. Die Frage lautet, ob Satzungen von Körperschaften im Unterschied zu Personengesellschaftsverträgen auch hinsichtlich der das Innenverhältnis betreffenden Bestimmungen und ohne Rücksicht auf eine mögliche Gut- bzw. Bösgläubigkeit eine eigene Behandlung (objektive Auslegung wie eine Norm, "normähnlich") erfahren. Eine Anwendung objektiver Auslegungsgrundsätze im Innenverhältnis hat zur Folge, daß bei der Auslegung nur Dritten erkennbare Umstände berücksichtigt werden können und daß die Satzung für die Mitglieder von dem Augenblick an, da die Satzung für sie gilt, den objektiv erkennbaren Inhalt wirklich hat, wobei es auf einen guten Glauben dann nicht mehr ankommen kann.[2)]

In Rechtsprechung und Schrifttum wird allgemein gesagt, die Satzung einer Körperschaft und der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft seien ihrem Rechtscharakter nach grundsätzlich verschieden.[3)] Satzungen von GmbH, AG, Genossenschaft rechtsfähigem Verein und nicht rechtsfähigem Verein seien objektiv zu interpretieren, Wünsche und Vorstellungen der Gründer könnten nicht berücksichtigt

---

1) Nitschke, S. 167

2) Nitschke, S. 167

3) Nitschke, S. 157

werden.[1] Das hat, so die allgemeine Meinung, bei der rechtlichen Behandlung insbesondere folgende sehr wichtige Konsequenz: während der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts ausgelegt wird und folglich eine richterliche Auslegung als Tatsachenfeststellung in der Revisionsinstanz nur beschränkt möglich ist (sog. Irrevisibilität des Gesellschaftsvertrages), ist die Satzung einer rechtsfähigen Körperschaft grundsätzlich wie ein Gesetz nach ihrem objektiv erkennbaren Inhalt auszulegen; die Auslegung kann durch ein Gericht wie ein Gesetz in der Revisionsinstanz überprüft werden.[2] Als Begründung wird angegeben, die körperschaftliche Organisationsform erfordere eine objektive Auslegung, weil durch eine Satzung die Interessen der Allgemeinheit, der Gläubiger und der später eintretenden Mitglieder berührt würden. Ihnen seien die Ideen der Gründer unbekannt und sie müßten sich deshalb auf eine Interpretation des Textes aus sich heraus verlassen können.[3]

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 128

2) Nitschke, S. 157 f

3) Z.B. RGZ 101, 246, 247; 137, 305, 309; 141, 204, 206; 156, 129, 133; 159, 321, 326; 164, 129, 140; 165, 68, 73 m.w.N.; BGHZ 9, 279, 281; 14, 25, 36; BGH JR 55, 63; Scholz, § 3 GmbHG, Anm. 25 ff m.w.N.; Hachenburg-Schilling, § 2 GmbHG, Anm. 58; Baumbach-Hueck, § 3 GmbHG, Anm. 1 F; in einem vereinsrechtlichen Urteil hat der BGH die Besonderheit einer Satzung beschrieben und eine von der üblichen etwas abweichende Begründung für die normähnliche Behandlung einer Satzung gegeben: "diese (die Satzung) ist zunächst ein von den Gründern geschlossener Vertrag. Mit der Entstehung des Vereins löst sie sich aber völlig von deren Person. Sie erlangt ein unabhängiges Eigenleben, ... Gründerwillen und -interessen treten zurück; an ihrer Stelle gewinnen der Vereinszweck und die Mitgliederinteressen die rechtsgestaltende Kraft, auf die es allein noch ankommen kann. Diese Wandlung der Rechtslage ist die innere Rechtfertigung für die seit langem anerkannte Rechtsprechung, daß eine Satzung lediglich aus ihrem Inhalt heraus ausgelegt werden kann ..., BGHZ 47, 172 ff (180)

In verschiedenen Richtungen sind diese allgemeinen Grundsätze zur Auslegung von Satzung und Gesellschaftsvertrag von der Rechtsprechung aufgeweicht worden.

So heißt es z.B. in BGHZ 14, S. 25 ff (36): "Der Grund hierfür (objektive Auslegung) liegt darin, daß der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, mindestens soweit er körperschaftsrechtliche Angelegenheiten behandelt, für einen unbestimmten Personenkreis, insbesondere für die Gläubiger und künftigen Gesellschafter bestimmt ist und nur einheitlich ausgelegt werden kann. Das gilt auch für den Gesellschaftsvertrag einer Familiengesellschaft, soweit er - wie bei der Festlegung des Stimmverhältnisses für eine Satzungsänderung - das Verhältnis zu Dritten, insbesondere den Kreditgebern angeht und wie hier Familienfremden nicht die Mitgliedschaft verwehrt." In dieser Entscheidung deutet der BGH an, daß für eine Familien-GmbH, gleiches wird für eine personalistische GmbH gelten können, [1] eine individuelle Auslegung dann in Betracht zu ziehen ist, wenn eine Abtretung der Mitgliedschaft verwehrt ist.

Ähnlich hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung zum Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft die strenge Unterscheidung zwischen Auslegung einer Satzung und einer Personengesellschaft stillschweigend verlassen. Der BGH hat eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, die die Ansprüche und Verbindlichkeiten des ausscheidenden Mitgliedes regelt, anders als das Berufungsgericht verstanden, ohne ihm einen Denkfehler nachweisen zu können. [2] Desgleichen wird eine sog. Vertreterklausel, die die Erben eines verstorbenen Gesellschafters als Kommanditisten in ihrer Rechtsausübung an einen gemeinsamen Bevollmächtigten bindet, selbständig interpretiert. [3] Der BGH hat sein Vorgehen selbst nicht begründet, Fischer hat jedoch darauf hingewiesen, es sei Aufgabe des Revisionsgerichts, bei häufig vorkommenden Bestimmungen einheitliche Maßstäbe für die Interpretation rein individueller Parteivereinbarungen aufzustellen.

---

1) Vgl. unten S. 94 und S. 148

2) BGHZ 17, 23 (29)= LM Nr. 3 zu § 138 HGB m. Anm. Fischer

3) BGHZ 46, 291 ff (299)

Teichmann und Nitschke [1] haben unabhängig voneinander versucht, die Rechtsprechung zur Auslegung von Satzung und Personengesellschaftsvertrag zu durchleuchten und eine theoretische Grundlage für die Auslegung zu finden.

Übereinstimmend haben beide Autoren darauf hingewiesen, daß die Argumente der herrschenden Meinung für die normähnliche Auslegung von Satzungen deren Sonderbehandlung im Gegensatz zu Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften nicht begründen können; mit anderen Worten ist nach Meinung von Nitschke und Teichmann die Rechtsform - Körperschaft oder Personengesellschaft - kein geeigneter Anknüpfungspunkt für die normähnliche Auslegung auf der einen, die individuelle Auslegung auf der anderen Seite. Denn eine Kommanditgesellschaft kann sich wie eine Aktiengesellschaft an ein breites Publikum wenden und auf einen ständigen Mitgliederwechsel hin konzipiert sein. In einem solchen Fall sind die Allgemeinheit, Gläubiger und spätere Mitglieder wie bei einer AG daran interessiert, daß der Gesellschaftsvertrag so ausgelegt wird, wie er nach außen hin erscheint, ohne daß die Gefahr besteht, es könne auf besondere nur den Gründern bekannte Umstände und deren Vorstellungen ankommen. Andererseits spielen die Interessen von Gläubigern, ~~der~~ Allgemeinheit oder später eintretender Mitglieder bei einer aus zwei oder drei persönlich mitarbeitenden Gesellschaftern bestehenden GmbH, deren Anteile unabtretbar sind, keine Rolle.

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 127 ff;
Nitschke, S. 157 ff, 165 ff

Vom gesetzgeberisch vorgestellten Typus abweichende Gestaltungen, wie z.B. die personalistische GmbH, sind heute so weit verbreitet, daß sie sich auch nicht als Ausnahmeerscheinungen behandeln lassen, bei denen man Unbilligkeiten im Einzelfall - z.B. durch normähnliche Auslegung in einer personalistischen GmbH - in Kauf nehmen könnte.

Da die Rechtsform kein geeignetes Abgrenzungsmittel mehr darstellt, fragt sich, nach welchen Grundsätzen zu entscheiden ist, ob eine Satzung oder ein Gesellschaftsvertrag objektiv wie eine Norm oder individuell wie ein "normaler" Vertrag auszulegen ist.

Teichmann streift die Frage der Auslegung eines GmbH-Vertrages lediglich am Rande seiner allgemeinen rechtstheoretischen Ausführungen über die Einschränkung der Privatautonomie durch Bildung von Institutionen. Ohne Verständnis des allgemeinen Anliegens des Verfassers lassen sich seine Gedanken zur Auslegung eines GmbH-Vertrages nicht begreifen und kritisch durchleuchten.

Nach Meinung von Teichmann wird die Privatautonomie im Gesellschaftsrecht - mit Abwandlungen gilt das gleiche auch für andere Rechtsgebiete; der Verfasser hat insbesondere das Arbeitsrecht, die allgemeinen Versicherungsbedingungen, allgemeine Geschäftsbedingungen und das Mietrecht untersucht - aufgrund von vier Motiven eingeschränkt: das Interesse der Allgemeinheit, der Schutz der Gesellschafter, der Schutz der Gläubiger und die "Funktion" der Gesellschaft. [1] Die Funktion gliedert sich in eine formelle und eine materielle Seite. Die formelle Funktion beschreibt das erforderliche Zusammengreifen der verschiedenen Verwaltungsorgane und Faktoren, um

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 107 ff, S. 132 ff

die anfallenden Entscheidungen in einer Gesellschaft treffen zu können. Die formelle Funktion wird durch Reibungen und Gegenläufigkeiten im Willensbildungsprozeß beeinträchtigt. [1] Die materielle Funktion hat bestimmte Grundregeln des Zusammenlebens zum Gegenstande, wie sie ähnlich auch in der gesamtgesellschaftlichen Sphäre einer demokratischen Gesellschaftsordnung zu finden sind.

Im Rahmen dieser Ausführungen beschäftigt sich Teichmann auch kurz mit der Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen. Er stellt die These auf, die Verfestigung von Vertragsbestandteilen zu institutionellen Elementen (aufgrund der vier genannten Motive) habe nicht nur für die Parteiautonomie selbst Bedeutung, sondern entwickele bereits im Vorfeld Konsequenzen, nämlich bei der Auslegung. [2] Da institutionelle Vertragsbestandteile nicht beliebig dem Gestaltungswillen der Vertragsschließenden offen, sondern ihnen zwingend vorgegeben seien, könne ihnen auch nicht die Befugnis zustehen festzulegen, wie sie die betreffenden Satzungsbestimmungen verstehen wollten. Daraus entwickelt der Verfasser die These, für die individuelle Auslegungsmethode sei dort kein Raum, wo die Gestaltungsfreiheit der Parteien beschränkt sei: im institutionellen Bereich. Institutionelle Vertragsbestandteile - gleichgültig in welcher Vertrags- oder Gesellschaftsform und unabhängig von ihrem Verbreitungs- oder Veröffentlichungsgrad - seien objektiv auszulegen. Die Unterscheidung zwischen Kapital- und Personengesellschaft spiele insoweit keine Rolle, sondern es seien innerhalb der Gesellschaftsformen anhand der vier entwickelten Motive (Interesse der Gläubiger, Schutz der Gesellschafter, öffentliches Interesse, formelle und materielle Funktion) die unverfügbaren Vertragsbestandteile zu erkennen.

Die Institutionenlehre kann hier nicht behandelt werden. Unterstellt, die "Institutionen" schränkten die Privatautonomie ein, dann ist die Folgerung Teichmanns sicherlich richtig, daß die Verfestigung von

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 107 ff

2) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 127

Vertragsbestandteilen zu Institutionen "nicht nur für die Privatautonomie selbst Bedeutung habe, sondern bereits im Vorfeld Konsequenzen entwickele - nämlich bei der Auslegung".[1] Das ist selbstverständlich - wollte man diese Folgerung nicht anerkennen, so redete man einer Auslegung das Wort, die zu einem unzulässigen Auslegungsergebnis führte.

Im übrigen lautet die These Teichmanns zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen: "In allen Gesellschaftsformen, von der AG bis zur OHG und stillen Gesellschaft, sind diejenigen Vertragsbestimmungen vom Willen der Beteiligten losgelöst zu interpretieren, die der formellen und materiellen Funktion dienen,[2] also korporative Elemente wie Zuständigkeitsabgrenzungen zwischen Organen ... Satzung und Vertrag von Aktiengesellschaft und Publikumskommanditgesellschaft unterliegen im weitesten Umfang der objektiven Auslegung, weil hier Interessen der Allgemeinheit, Gläubiger- und Gesellschafterschutz vorherrschen. Ausgenommen sind individualrechtliche Bestandteile wie Anstellungsvereinbarungen mit Einzelpersonen, die in diesem Zusammenhang aber kaum auftreten werden. Bei GmbH und Genossenschaft folgt wegen des Gläubigerinteresses eine objektive Auslegung für die haftungsrechtlichen Bestimmungen, also z.B. für das Einbringen von Sachwerten, desgleichen selbstverständlich für die Regeln über die Vertretung nach außen, gleiches gilt für die Haftung des Kommanditisten sowie

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 127

2) Vgl. oben S. 90 - Anmerkung des Verfassers

das Außenverhältnis bei den Personengesellschaften."[1)]

Klar ist an diesen Ausführungen, daß die Rechtsform kein geeigneter Anknüpfungspunkt mehr ist, nach dem entschieden werden könnte, ob eine normähnliche oder eine individuelle Auslegung am Platze ist. Im übrigen sind die Ausführungen von Teichmann jedoch zu allgemein, als daß man ihnen eine konkrete Aussage entnehmen könnte. Der Verfasser wiederholt die Argumente der herrschenden Meinung für eine normähnliche Aussage, ohne sie konkret im Rahmen seiner Theorie von der Institutionalisierung einzuordnen. Insbesondere sind seine Ausführungen zur GmbH und die zur kapitalistischen KG widersprüchlich. Der Verfasser führt aus, in der GmbH komme die objektive Auslegung allein für haftungsrechtliche Bestimmungen und für die Vertretung nach außen in Betracht. Daraus, so folgert der Leser, ergebe sich, alle übrigen Punkte seien in einer GmbH einer individuellen Auslegung unterworfen. Dem widerspricht jedoch, daß der Verfasser eine Kommanditgesellschaft dem Bereich der normähnlichen Auslegung zuordnen will, wenn sie sich wie eine Aktiengesellschaft an das breite Publikum wendet. Folgerichtig wäre gewesen, auch bei der GmbH zu unterscheiden zwischen einer GmbH, die sich an das Publikum wendet und einer solchen, die einer Personengesellschaft in ihrer Struktur ähnlich ist.

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 133

Der Versuch Nitschkes, für die individuelle auf der einen und die normähnliche Auslegungsmethode auf der anderen Seite eine tragfähige theoretische Grundlage zu finden, baut auf einem Gesichtspunkt auf, der aus der Rechtsprechung schon bekannt ist: der Abtretbarkeit der Gesellschaftsanteile. Der BGH hat angedeutet,[1] eine individuelle Auslegung könne in einer Familien-GmbH in Betracht zu ziehen sein, wenn die Abtretung der Mitgliedschaft verwehrt sei. Eine Familiengesellschaft ist nicht einem bestimmten Strukturprinzip zuzuordnen.[2] Es ist anzunehmen, daß die Ausführungen des BGH sich auf eine personalistische Familiengesellschaft beziehen. Man kann den BGH dahingehend verstehen, daß seiner Ansicht nach die Satzung einer personalistischen GmbH individuell auszulegen sei, soweit die Anteile nicht abtretbar seien; bei freier Abtretbarkeit sei jedoch eine normähnliche Auslegung geboten.

Nach Nitschke ist ein Gesellschaftsvertrag oder eine Satzung normähnlich unter drei Voraussetzungen

---

1) Vgl. BGHZ 14, S. 25 ff (36), vgl. oben S. 78

2) Sie kann aus einem unübersehbaren Familienclan bestehen, dessen einzelne Mitglieder sich nicht kennen und die nur durch das gemeinsame finanzielle Interesse - ohne Ansehen der Mitglieder - zusammengehalten werden. In diesem Fall haben wir es von der Struktur her eher mit einem körperschaftlichen kapitalistischen Verband zu tun, der häufig im Laufe mehrerer Generationen erst aus einem Einzelunternehmen oder aus einem auf personeller Grundlage entstandenen Zusammenschluß (Vater und Sohn oder Brüder) entstanden ist. Eine Familiengesellschaft kann aber auch aus einem Unternehmer (Vater) und dessen vielleicht noch minderjährigen Kindern oder dessen Ehefrau bestehen (häufig aus steuerlichen Gründen).

auszulegen: ein Mitgliederwechsel muß zulässig (1) und tatsächlich eingetreten (2) sein. Der Erwerb der Mitgliedschaft muß sich aufgrund eines schematisierten, zum bloßen Unterwerfungsakt (3) reduzierten Vertrages vollzogen haben.

Vergleicht man diese These zur normähnlichen Auslegung mit der in der Rechtsprechung und Literatur verbreiteten Formulierung, eine Satzung sei mit Rücksicht auf zukünftige Gesellschafter, Gläubiger und die Allgemeinheit normähnlich auszulegen, so fällt zunächst einmal auf, daß Nitschke Interessen von Gläubigern und der Allgemeinheit nicht berücksichtigt hat; die drei von ihm genannten Voraussetzungen der normähnlichen Auslegung sind vom Interesse eines zukünftigen Gesellschafters her zu verstehen. Denn für die Allgemeinheit und Gläubiger spielt die Abtretbarkeit und die Art der Abtretung eines Gesellschaftsanteils keine entscheidende Rolle. Bei einem Verband, bei dem niemand persönlich haftet, könnten gerade die Allgemeinheit und Gläubiger jedoch ein Interesse daran haben, dessen innere Verhältnisse zu kennen, z.B. die Organisation, Machtverhältnisse, Abstimmungsverhältnisse u.a. In diesem Interesse könnte das Erfordernis einer normähnlichen Auslegung begründet sein - unabhängig von der Frage der Abtretbarkeit oder der Art des Mitgliederwechsels.

Im folgenden wird die These Nitschkes zunächst nur von ihrem eigenen Ausgangspunkt - Schutz zukünftiger Gesellschafter - her erörtert. Ob eine normähnliche Auslegung auch zum Schutz der Allgemeinheit bzw. von Gläubigern erforderlich ist, bleibt zunächst dahingestellt.[1)]

1) Dazu vgl. unten S.105

Nach Nitschke kann eine normähnliche Auslegung in einer Gesellschaft überhaupt nur in Betracht kommen, soweit die Gesellschaftsanteile abtretbar sind. Der Frage der Abtretbarkeit fällt damit eine überragende Rolle zu. Die Abtretbarkeit oder Unabtretbarkeit einer Rechtsposition kann nur bedingt mit einer bestimmten Auslegungsmethode - normähnlich oder individuell - in Zusammenhang gebracht werden. Das zeigen andere abtretbare Rechtspositionen außerhalb des Gesellschaftsrechts: eine Geldforderung, eine Forderung auf Lieferung einer Kaufsache, das Recht auf Benutzung einer Mietsache (durch Vereinbarung), die Rechtsstellung eines Kommanditisten (durch Vereinbarung). In diesen Fällen würde man wegen der Möglichkeit der Abtretbarkeit - d.h. mit Rücksicht darauf, daß ein Dritter mit der Rechtsposition konfrontiert wird - eine objektive normähnliche Auslegung nicht vornehmen. Vielmehr gilt insofern der Grundsatz, daß die Bedingungen eines Vertrages unter den Beteiligten ausgehandelt werden mit der Folge, daß deren Vorstellung, Wünsche - gleichgültig ob sie auch einem Dritten erkennbar sind oder nicht - den Inhalt des Rechtsverhältnisses bestimmen und daß bei einer möglichen Übertragung auf einen Dritten die einmal fixierte Rechtsposition auch für diesen maßgeblich ist.

Zwischen Abtretbarkeit und Unabtretbarkeit auf der einen und normähnlicher und individueller Auslegung auf der anderen Seite besteht also kein fester Zusammenhang. Unten wird ausgeführt werden, daß

der Frage der Abtretbarkeit bzw. Unabtretbarkeit nur in dem größeren Rahmen einer personalistischen oder körperschaftlichen Struktur Bedeutung zukommt. Als eigene unmittelbare Ansatzpunkte für eine These, die die normähnliche bzw. die individuelle Auslegung im Einzelfall begründen soll, sind sie ungeeignet.

Nitschke hat den Punkt der "Abtretbarkeit" gegenüber dem BGH erweitert, als ein Mitgliederwechsel nicht nur möglich, sondern auch tatsächlich erfolgt sein muß. Solange ein Verband mit dem Personenbestand, den er bei der Gründung gehabt habe, erhalten bleibe, bestehe kein Anlaß, einen zwar Außenstehenden nicht, wohl aber allen Beteiligten erkennbar gewordenen Willen der Gründer abweichend von den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts unberücksichtigt zu lassen.[1] Diese Voraussetzung ist im System von Nitschke berechtigt. Eine in einer GmbH zulässige Abtretung kann von rein theoretischer Bedeutung sein. Mit Rücksicht auf den Gesellschaftszweck, die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages kann u.a. von vornherein feststehen, daß die Gesellschafter immer unter sich bleiben werden. Da es sich schwerlich entscheiden läßt, ob eine Abtretbarkeit auch praktisch gegeben ist, bleibt kein anderer Ausweg, als darauf abzustellen - wie Nitschke es getan hat -, ob ein

---

1) Danach kann im Einzelfall auch die Satzung einer AG den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unterliegen: zwar kann nach der herrschenden Lehre die Übertragbarkeit der Aktie nicht gänzlich ausgeschlossen werden, jedoch kann ein Hinzutreten eines Aktionärs praktisch weitgehend verhindert werden - dazu vgl. Wiedemann, S. 77 ff, 82 ff, 86 ff - und jedenfalls kann der Gründerbestand aus tatsächlichen Gründen erhalten bleiben.

Mitgliederwechsel tatsächlich erfolgt ist oder nicht.

Entscheidend geprägt wird die Ansicht von Nitschke - darin liegt die eigentliche Fortentwicklung der Ausführungen des BGH - von ihrer dritten Voraussetzung, dem "schematisierten" Mitgliederwechsel aufgrund "Unterwerfungsaktes".

Diese Voraussetzung ist nach Nitschke gegeben, wenn bei einem Neueintritt in einen Verband nicht die Möglichkeit eröffnet ist, auf die Ausgestaltung der Mitgliedschaft Einfluß zu nehmen, wenn der Neueintretende also nur die Wahl hat, eine bestehende Rechtsposition zu erwerben oder von einem Erwerb überhaupt Abstand zu nehmen. Eine solche Situation widerspricht nach Nitschke der im allgemeinen im Vertragsrecht übliche Situation. Denn für das Vertragsrecht gehe der Gesetzgeber von der Vorstellung aus, die Bedingungen eines Vertrages würden unter den Beteiligten ausgehandelt und das so zustande gekommene Rechtsgeschäft entfalte Wirkungen nur für die an dem Vertragsschluß beteiligten Personen. Könne der Erwerber keinen Einfluß nehmen auf die Ausgestaltung, so sei der Vertragsschluß zu einem Unterwerfungsakt reduziert. [1)]

---

1) Eine vergleichbare Erscheinung findet sich nach Nitschke auch im sonstigen Vertragsrecht; so werden namentlich die allgemeinen Geschäftsbedingungen als typisierte Verträge nicht in der gleichen Weise wie individuell ausgehandelte Verträge behandelt, was u.a. dazu führt, daß sie ebenso wie die Satzungen nach ihrem objektiv erkennbaren Inhalt auszulegen sind und daß ihre Auslegung als Rechtsanwendung durch das Revisionsgericht überprüft werden kann, Nitschke, S. 169

Diese Art des Erwerbs einer Mitgliedschaft sieht Nitschke typischerweise verwirklicht in einer Kapitalgesellschaft - insbesondere in einer Aktiengesellschaft. Derjenige, der durch Vertrag eine Aktie übernehme, habe keine Möglichkeit, Einfluß auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses, in das er sich begebe, zu nehmen. Seine Mitgliedschaft sei ohne seine Mitwirkung bestimmt, durch Verhandeln mit seinem Vertragspartner könne er sie nicht abändern. Für denjenigen, der Mitglied einer Kapitalgesellschaft werde, bestehe typischerweise nur die Wahl, sich entweder der durch die Satzung vorbestimmten Ordnung global zu unterwerfen oder auf den Erwerb der Mitgliedschaft zu verzichten.[1)]

Die Ansicht des Verfassers über einen schematisierten Mitgliederwechsel aufgrund Unterwerfungsaktes wird noch deutlicher, wenn wir uns die Fälle vergegenwärtigen, in denen Nitschke diese Art des Mitgliedschafserwerbs nicht als gegeben ansieht; das sei z.B. der Fall, wenn der Einmann-Gesellschafter einer GmbH oder AG, der einen Dritten durch Abtretung eines Teiles der in seiner Hand vereinigten Aktien oder GmbH-Anteile aufnehmen wolle, mit dem Erwerber individuelle Bedingungen aushandele. Er sei dazu imstande, da er die erforderlichen Satzungsänderungen in alleiniger Kompetenz "beschließen" könne. Den Gegensatz zum schematisierten Mitgliederwechsel sieht Nitschke ferner typischerweise auch bei der Aufnahme in eine OHG verwirklicht, weil sich kaum jemand zum Erwerb der Mitgliedschaft und

---

1) Nitschke, S. 168

der damit verbundenen Übernahme einer zwingenden unbeschränkten Haftung im Wege eines bloßen Unterwerfungsaktes bereitfinden werde. Derjenige, der beabsichtigte, Gesellschafter einer OHG oder Komplementär einer KG zu werden, werde praktisch in aller Regel die Bedingungen seines Eintritts und seiner zukünftigen Stellung in der Gesellschaft aushandeln.[1)]

Die nach Ansicht Nitschkes dritte Voraussetzung[2)] für die normähnliche Auslegung einer Satzung oder eines Gesellschaftsvertrages führt zu Widersprüchen. Es zeigt sich, daß dieser Voraussetzung im Anschluß an die ersten beiden gar keine eigene Bedeutung zukommt. Denn immer dann, wenn ein Mitgliederwechsel durch rechtsgeschäftliche Übertragung zulässig und tatsächlich eingetreten ist – wenn also im Rahmen von Nitschkes These die Voraussetzungen (1) und (2) gegeben sind – kann die Frage gar nicht mehr gestellt werden, ob der Erwerber anläßlich der Übertragung auf die Ausgestaltung der Mitgliedschaft Einfluß nehmen konnte oder nicht. Die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Gesellschafterstellung hat gerade die Überleitung einer vorher inhaltlich fixierten Rechtsposition zum Gegenstand. Derjenige, der eine Rechtsposition überträgt, kann nur übertragen, was ihm selbst aufgrund früherer

---

1) Nitschke, S. 173 f

2) Erwerb aufgrund schematisierten Vertrages ohne Einflußmöglichkeit auf die inhaltliche Gestaltung der erworbenen Gesellschafterpositionen (3), vgl. oben S. 94 f Erste Voraussetzung: Mitgliederwechsel ist zulässig (1); zweite Voraussetzung: Mitgliederwechsel ist eingetreten (2).

Vereinbarung mit dem bzw. den Mitgesellschaftern zusteht. Akzeptiert der Erwerber die vorherige inhaltliche Festlegung nicht, so wird er keine Übertragung seitens eines Rechtsvorgängers anstreben, sondern vielmehr mit den übrigen Beteiligten über die inhaltliche Neugestaltung der Mitgliedschaft verhandeln bzw. eine individuell gestaltete Neuaufnahme vereinbaren. Die von Nitschke unterstellte Alternative - Abtretung ohne Einfluß oder mit Einfluß auf die inhaltliche Ausgestaltung der abgetretenen Rechtsposition - besteht also gar nicht. Das bestätigen auch die von Nitschke selbst angeführten Beispiele, die nicht - wie der Autor offensichtlich meint - für dessen These sprechen, sondern sie eher widerlegen: Nitschke sieht die anläßlich einer Übertragung gegebene inhaltliche Gestaltungsmöglichkeit - also den Gegensatz des schematisierten Mitgliederwechsels - zum einen als gegeben an, wenn ein Einmann-Gesellschafter einer GmbH oder AG, der einen Dritten durch Abtretung eines Teiles der in seiner Hand vereinigten Anteile aufnehmen wolle, mit dem Erwerber individuelle Bedingungen aushandele.[1)] Dies Beispiel kann nicht zum Beleg dafür dienen, daß hier im Falle einer Abtretung der Veräußerer mit dem Erwerber die inhaltliche Gestaltung der übertragenen Rechtsposition bestimmen könne. In diesem Sonderfall fehlen

---

1) Vgl. oben S. 99

weitere "Beteiligte", die an der Gestaltung der Rechtsposition überhaupt ein Interesse haben, so daß sich der Veräußerer natürlich frei über die inhaltliche Gestaltung mit dem Erwerber abstimmen kann. Zum anderen sieht Nitschke den Gegensatz des schematisierten Mitgliederwechsels bei der Aufnahme in eine OHG verwirklicht.[1] Dies Beispiel spricht gegen die von Nitschke unterstellte Alternative, weil die Beteiligung an einer OHG kraft Gesetzes unabtretbar ist. Im Falle der Unabtretbarkeit kann jedoch im Rahmen von Nitschkes These die Frage gar nicht auftreten, ob ein schematisierter Mitgliederwechsel vorliegt oder nicht, da schon die erste Voraussetzung - Mitgliederwechsel durch Abtretung ist möglich (1) - nicht gegeben ist.

Nitschke hat also mit dem Merkmal der Gestaltungsfreiheit kein neues brauchbares Kriterium in die Diskussion eingeführt, anhand dessen - in Verbindung mit der Abtretbarkeit - entschieden werden könnte, ob eine Verbandsgrundlage, Satzung oder Gesellschaftsvertrag, normähnlich oder individuell auszulegen ist. Die Abtretbarkeit und die Gestaltungsfreiheit stellen m.E. nur Teilaspekte dar und

---

1) Vgl. oben S. 99

gehören in den größeren Zusammenhang der Unterscheidung zwischen personalistischem und körperschaftlichem Verband. Entscheidend ist die innere Struktur der Gesellschaft, ihr Typus. Ein körperschaftlicher Verband erfordert eine normähnliche Auslegung, ein personalistischer eine individuelle. In diese These lassen sich auch die einzelnen von Nitschke vorgetragenen Überlegungen sinnvoll einordnen. Ist eine Gesellschaft auf persönlicher Grundlage errichtet, so scheidet in der Regel eine Übertragung der Mitgliedschaft auf einen Dritten aus. Kommt es aber ausnahmsweise zu einer Übertragung, so schließen in der Regel alle Gesellschafter zusammen mit dem Neugesellschafter einen Aufnahmevertrag. Der Neugesellschafter wird durch die individuelle Auslegung nicht beeinträchtigt, da dann allein der neue Gesellschaftsvertrag Auslegungsgrundlage ist. Sollte der Neugesellschafter den Gesellschaftsanteil ausnahmsweise einmal ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter erwerben können - wenn die Mitgliedschaft frei übertragbar ist, was jedoch bei einer personalistischen Gesellschaft praktisch kaum der Fall sein wird -, so ist es nicht unzumutbar, ihm in diesem Fall das Risiko einer individuellen Auslegung aufzubürden. Wer sich einer personalistischen Gesellschaft im Wege einer rechtsgeschäftlichen Anteilsübertragung anschließt, muß das Risiko selbst abschätzen, in das er sich begibt.[1] Das Risiko ist nach außen erkennbar, da die persönliche Ausrichtung als solche erkennbar ist, sie ergibt sich z.B. aus

---

1) Vgl. Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 130

der Zahl der Gesellschafter und der Ausformung ihrer Rechte und Pflichten. Das Risiko ist das gleiche, das auch jeden anderen trifft, der im Wege der Abtretung eine Rechtsposition erwirbt, deren inhaltliche Ausgestaltung durch eine individuelle Auslegung bestimmt wird, die also von dem Willen und der Kenntnis derjenigen abhängig ist, die die Rechtsposition ursprünglich geschaffen haben.

Ein körperschaftlicher Verband erfordert dagegen eine normähnliche Auslegung, da er von den Intentionen seiner Gründungsgesellschafter unabhängig und auf Mitgliederwechsel angelegt ist. Das vom einzelnen Mitglied im Rahmen der Körperschaft verfolgte Ziel ist häufig beschränkter Natur, z.B. besteht es bei einer Kapitalgesellschaft in einer reinen Kapitalanlage - dem entspricht, daß der einzelne als einzelner nur geringe Rechte und Einflußmöglichkeiten hat. Der Anonymität, Auswechselbarkeit und geringen Einflußmöglichkeit des einzelnen Gesellschafters entspricht die Forderung nach Klarheit seiner Rechtsstellung und Gleichheit im Vergleich zu den übrigen Beteiligten. Deshalb muß die Rechtsstellung förmlich eindeutig fixiert sein.

Die Abtretbarkeit bzw. Unabtretbarkeit der Gesellschafterposition und die Gestaltungsfreiheit bei Eintritt in die Gesellschaft sind Indizien für die körperschaftliche oder personalistische Struktur einer Gesellschaft. Wenn Nitschke die Abtretbarkeit und den schematisierten Mitgliederwechsel als Voraussetzungen der normähnlichen Auslegung ansieht, so macht er die normähnliche Auslegung im Grunde von der körperschaftlichen Struktur abhängig, da Abtretbarkeit der

Anteile und schematisierter Mitgliederwechsel regelmäßig Indizien körperschaftlicher Struktur sind.

Als vorläufiges Ergebnis - es wurden bisher nur die Interessen zukünftiger Gläubiger, wie Nitschke es getan hat, berücksichtigt [1] - ist zunächst festzuhalten, daß nicht die Rechtsform (Personengesellschaft oder Körperschaft) darüber entscheidet, ob ein Gesellschaftsvertrag bzw. eine Satzung individuell oder normähnlich auszulegen sind, sondern daß es auf den konkreten Lebenstypus ankommt, der in einer Rechtsform verwirklicht wird.

Die Allgemeinheit und Gläubiger werden gegenüber im Handelsverkehr auftretenden Verbänden - gleichgültig ob Körperschaften oder Personengesellschaften - in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der "Erklärung an die Öffentlichkeit" geschützt. Eine Erklärung an die Öffentlichkeit ist unabhängig vom Willen der Erklärenden objektiv, d.h. normähnlich auszulegen. [2] Wir sahen aber schon, daß die Erklärung an die Öffentlichkeit nur einen eingeschränkten Schutz gewährt, da die Gutgläubigkeit dessen vorausgesetzt wird, der auf die Erklärung vertraut. [3] Außerdem erstreckt sich die Erklärung an die Öffentlichkeit grundsätzlich nur auf die eingetragenen und veröffentlichten Teile der GmbH-Satzung, die im wesentlichen nur das Außenverhältnis betreffen, nicht

---

1) Zu den Interessen der Allgemeinheit vgl. das folgende; zur möglichen Einschränkung durch die notarielle Form vgl. unten S. 109

2) Nitschke, S. 166 f

3) Vgl. oben S. 85

auf die Satzung in ihrer Gesamtheit.

Der Frage, ob eine GmbH-Satzung unabhängig von "der Erklärung an die Öffentlichkeit" mit Rücksicht auf die Allgemeinheit und Dritte normähnlich in ihrer Gesamtheit auszulegen ist, kommt also erhebliche Bedeutung zu.

Für die normähnliche Auslegung zum Schutze Dritter läßt sich anführen, für den, der mit der GmbH in vertragliche Beziehungen trete, sei wichtig zu wissen, wie die innere Organisation, die Machtverhältnisse, die Willensbildung, Abstimmungsverhältnisse usw. geregelt seien; da ihm eine juristische Person, nicht bestimmte mit ihrem persönlichen Vermögen haftende Personen gegenüberträten, sei die innere Gestaltung der juristischen Person ein Gradmesser für deren Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit. Wisse der Dritte z.B., wie über bestimmte wichtige Geschäfte abgestimmt werde oder welche Machtposition ein Gesellschaftergeschäftsführer habe - ob er mit einfacher Mehrheit oder nur aus einem wichtigen Grunde abberufen werden könne - oder daß ein ihm bekannter Gesellschafter mit seinem Anteil bei bestimmten Entscheidungen eine gewisse Machtstellung habe, daß eine Veränderung der Satzung nicht ohne dessen Mitwirkung möglich sei, so könne den Dritten all das maßgeblich bei seiner Entscheidung beeinflussen, mit der GmbH in Geschäftsbeziehungen zu treten. Ähnliche Überlegungen mögen auch dem BGH vorgeschwebt haben, als er ausführte: "körperschaftliche Fragen sind für einen unbestimmten Personenkreis bestimmt: Gläubiger und künftige

Gesellschafter; dazu gehört auch das Stimmverhältnis für Satzungsänderungen: es geht Dritte, z.B. Kapitalgeber an". [1]

Weder unmittelbar noch mittelbar läßt sich aus dem GmbH-Gesetz oder aus den Vorarbeiten entnehmen, ob der Gesetzgeber davon ausging, daß Dritte ein derartiges schutzwürdiges Interesse an der Kenntnis der inneren Vorgänge einer GmbH haben. Ein Anhaltspunkt läßt sich auch nicht daraus entnehmen, daß ein GmbH-Vertrag im Gegensatz zum Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft in notarieller Form abzuschließen ist. Zunächst war, wie sich aus den Materialien zur Entstehung des Gesetzes ergibt, auch für die Gründung einer GmbH nur ein privatschriftlicher Vertrag vorgesehen. Die Einführung der notariellen Form wurde (nur) mit der Bedeutung der Erklärung begründet, die auf Übernahme einer Einlage gerichtet sei. Sie erfordere klare Verhältnisse gegenüber Dritten. [2] Diese Begründung und der Umstand, daß nach dem Willen des Gesetzgebers nur bestimmte das Außenverhältnis betreffende Punkte ins Handelsregister einzutragen und zu veröffentlichen sind, legt die Vermutung nahe, der Gesetzgeber habe den Dritten

---

1) BGHZ 14, 25 ff, 36; die Bestellung zum Geschäftsführer und die Frage einer Satzungsänderung beurteilt der BGH unterschiedlich. Die Bestellung zum Geschäftsführer gehe in ihrer Wirkung über den engeren Gesellschafterkreis hinaus, da sie für zukünftige Gesellschafter von Bedeutung sei, nicht aber für Gläubiger, BGH DB 68, S. 2166; zur Frage einer Satzungsänderung vgl. dagegen BGHZ 14, 25 ff (36 f): das Stimmverhältnis für Satzungsänderungen gehe Dritte, z.B. Kapitalgeber an.

2) Vgl. S. 4 des Berichtes der 15. Kommission des Reichstages in Drucksache des Reichstages, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92 Nr. 744; Parisius/Crüger, § 2, 1

in gerade diesen Punkten schützen wollen. Allein dem Umstand, daß dem Registergericht die Satzung einzureichen ist, ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen; daraus ist nicht zwingend zu folgern, der Gesetzgeber habe gerade die Offenlegung der gesamten inneren Verhältnisse der GmbH bezweckt. Das Beifügen der Satzung kann auch allein den Sinn haben, dem Registergericht eine klare Unterlage für die Eintragung zur Verfügung zu stellen. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch, daß ein Dritter, der mit einer GmbH in Geschäftsverbindung tritt, sich in der Praxis regelmäßig wohl nicht über deren gesamten Gesellschaftsvertrag, sondern nur über die eingetragenen Teile informiert, da einmal der Aufwand zu groß ist - die Einsicht in die Satzung könnte nur das Amtsgericht des Sitzes der Gesellschaft gewähren - und er zum anderen auch mit einer Eigenständigkeit der inneren Verhältnisse einer GmbH rechnen wird, weil den Beteiligten jederzeit eine Änderung der Satzung freisteht: z.B. kann auch der für den Dritten entscheidende Gesellschafter austreten oder die Mehrheitsverhältnisse könnten im Einverständnis der Gesellschafter geändert werden usw.

Es läßt sich also nicht sagen, mit Rücksicht auf die Allgemeinheit und Dritte sei eine Satzung in ihrer Gesamtheit, d.h. bezüglich aller das Innenverhältnis betreffender Fragen normähnlich auszulegen. Die Allgemeinheit und Dritte werden über die Grundsätze zur Auslegung einer Erklärung an die Öffentlichkeit hinreichend geschützt. Da damit die normähnliche Auslegung allein von dem Interesse zukünftiger

Gesellschafter bestimmt wird, bleibt es also zunächst im Grundsatz dabei, daß bei einer personalistischen Struktur eine individuelle, bei einer körperschaftlichen Struktur eine normähnliche Auslegung eines GmbH-Vertrages geboten ist.

### 3. Begrenzte Einschränkung der Rechtsfortbildung und der ergänzenden Vertragsauslegung in der GmbH durch die notarielle Form der Satzung

Im folgenden wird untersucht, inwieweit der ergänzenden Vertragsauslegung und der Rechtsfortbildung in der GmbH Grenzen durch die notarielle Form gesetzt sind. Dabei umfaßt der Begriff der Auslegung jeweils die Rechtsfortbildung wie die ergänzende Vertragsauslegung. Beide Institute können hier zusammen behandelt werden.[1] - Es werden oben schon behandelte Argumente wieder auftauchen. Das Ergebnis ist im wesentlichen vorgezeichnet. Denn zwar lassen sich vom Ansatz her verschiedene Problemkreise bei der Auslegung einer GmbH-Satzung unterscheiden,[2] sie stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Grundsätzlich gehören im Bereich des Gesellschaftsrechts notarielle Form und normähnliche Auslegung

---

1) Der Grund für die Gleichbehandlung liegt darin, daß sowohl im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung als auch der Rechtsfortbildung Lücken zu füllen sind - und zwar aus dem Sinnzusammenhang und den bei der GmbH-Gründung gegebenen Umständen. Der Unterschied liegt in der Entscheidung als solcher (Einzelfallentscheidung auf der einen, generelle Entscheidung auf der anderen Seite) - in der Frage, auf welche Umstände zurückgegriffen werden darf, ergibt sich dagegen keine unterschiedliche Antwort, vgl. oben S. 75 und 76

2) GmbH-Satzung als Erklärung an die Öffentlichkeit, als notarieller Vertrag und als Grundlage eines körperschaftlichen Verbandes, vgl. oben S. 84

auf der einen, Formlosigkeit und individuelle Auslegung auf der anderen Seite zusammen.

Die Frage, ob jede GmbH - auch die personalistische - schon allein wegen der notariellen Form der Satzung der normähnlichen Satzung unterliegt, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht ausdrücklich erörtert. Das wird daran liegen, daß ohnehin nicht zwischen den verschiedenen Problemkreisen, die bei der Auslegung einer GmbH-Satzung bestehen, klar getrennt wird.[1)]

Aus den allgemein anerkannten Grundsätzen zur Auslegung formbedürftiger Erklärungen[2)] könnte sich ergeben, daß für eine bestimmte Rechtsform - hier GmbH-Satzung - auch nur eine Auslegungsmethode in Betracht kommen kann, daß also eine Wahl zwischen individueller und normähnlicher Auslegung im Einzelfall je nach innerer Ausgestaltung der GmbH untersagt ist.

Die Auslegungsgrundsätze für formbedürftige Erklärungen werden folgendermaßen umschrieben: der Auslegung ist grundsätzlich dadurch eine Grenze gesetzt, daß sich sie wesentlichen Bestandteile der Erklärung aus der Urkunde selbst ergeben müssen,[3)] wobei die Wesentlichkeit jedoch nicht einheitlich, sondern für die einzelnen Rechtsformen unterschiedlich

---

1) Die Trennung wird aber z.B. angedeutet von Hachenburg - Schilling: "... immerhin sind der Auslegung engere Grenzen gezogen, einmal wegen der Formbedürftigkeit des Vertrages, zum anderen, soweit die Satzung für die Allgemeinheit, insbesondere für Gläubiger und künftige Gesellschafter bestimmt ist." Hachenburg, Kommentar § 2 Anm. 58

2) Vgl. statt aller Lüderitz, S. 199 m.w.N.

3) Lüderitz, S. 199 m.w.N.

konkretisiert wird.[1] Die Konkretisierung hängt von dem Zweck der Formvorschrift im Rahmen der Rechtsform ab. Dabei ist nicht im Einzelfall festzustellen, ob ein Formzweck tatsächlich verletzt ist, vielmehr ist der schematisierte Formzweck maßgeblich. Andernfalls würde, so lautet die Begründung, eine Formvorschrift, die schematisierend typische Gefahrenlagen erfaßt, ihrer spezifischen Wirkung beraubt.[2] Aus diesen allgemein anerkannten Grundsätzen ist der Schluß zu ziehen, daß dieser schematisierenden Betrachtung nur eine schematisierte, d.h. einheitliche Auslegungsmethode entspricht, da ein Wechsel der Auslegungsmethode innerhalb einer Rechtsform zu ganz unterschiedlichen mit dem einheitlichen Formzweck nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde. Für jede Rechtsform kann es also grundsätzlich nur eine Auslegungsmethode geben - entweder die individuelle oder die normähnliche.

Demnach ist aus dem Zweck der Form, die für die GmbH vorgeschrieben ist, die Auslegungsmethode herzuleiten.

Aus der Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes ist bekannt, daß in den Beratungen zunächst lediglich ein privatschriftlicher Vertrag vorgesehen war.[3] Die notarielle Form wurde dann mit der Bedeutung der Erklärung begründet, die auf Übernahme einer Einlage gerichtet ist. Daraus läßt sich entnehmen, daß derjenige geschützt werden sollte, der Mitglied einer GmbH werden will. Bedenkt man außerdem, daß der

---

1) Lüderitz, S. 199

2) Lüderitz, S. 195

3) Vgl. oben S. 107 Anm. 2

Gesetzgeber die Vorstellung hatte, die GmbH werde im wesentlichen ein körperschaftlicher Verband sein, dann läßt sich von dieser Vorstellung her der Formzweck weiter aufhellen: die Form soll zukünftigen Gesellschaftern und der Allgemeinheit die Verhältnisse der Gesellschaft offenlegen. Mit diesem Zweck ist nur eine normähnliche Auslegung vereinbar: entscheidend ist der urkundliche Text, mögliche Vorstellungen der Beteiligten können nicht berücksichtigt werden. Nach dem bisher Ausgeführten müßte diese Auslegungsmethode also aufgrund der schematisierten Betrachtung - pro Rechtsform nur eine Auslegungsmethode - für die Rechtsform "GmbH" schlechthin Anwendung finden unabhängig davon, ob im Einzelfall eine GmbH personalistisch strukturiert ist oder nicht.

Für die normähnliche Auslegung spricht auch, daß die Mitwirkung eines Notars, dem umfassende Beratungs- und Aufklärungspflichten obliegen, der Urkunde als solcher ein besonderes Gewicht verleiht. Es besteht die Vermutung der vollständigen und richtigen Wiedergabe des von den Beteiligten Gewollten.

Andererseits steht fest, daß der Gesetzgeber sich zwar die körperschaftliche GmbH als die normale Gestaltungsform vorstellte, aber gleichwohl die Möglichkeit eröffnete, durch vertragliche Gestaltung eine GmbH wie eine personalistische geprägte Gesellschaft auszurichten. Diese Freiheit der

Gestaltung hat der Gesetzgeber bewußt herbeiführen wollen. Die Gestaltungsfreiheit und die tatsächliche Verbreitung der personalistischen GmbH verbieten m.E. für die GmbH ausnahmsweise eine starre Festlegung auf einen Formzweck und eine Auslegungsmethode, wie sie im allgemeinen für jede Rechtsform üblich und erforderlich ist. In einer personalistischen GmbH schlechthin normähnliche Auslegungsgrundsätze anzuwenden, wäre sinnwidrig. Schließen sich einige wenige Gesellschafter auf personalistischer Grundlage in einer GmbH zusammen, dann kann für sie im Verhältnis untereinander nicht allein der Wortlaut der Satzung maßgeblich sein. Manche persönlich geprägte Regelung wird erst ihren Sinn bekommen, wenn man bei ihrer Auslegung die den Beteiligten bekannten Umstände berücksichtigt. Die einzig praktikable Lösung kann nur in einer Differenzierung bestehen, die das Innenverhältnis der Gesellschafter wie auch mögliche Interessen Außenstehender berücksichtigt. Ausgangspunkt ist, daß die Form als solche durch die Rechtsprechung nicht beseitigt werden kann und daß sie nicht jeglicher Schematisierung beraubt werden darf. Auszugehen ist von dem Formzweck, der sich aus der körperschaftlichen Struktur, wie sie sich der Gesetzgeber als Regelfall vorstellte, ergibt. Damit dient die Form im wesentlichen dem Schutz zukünftiger Gesellschafter. Ein zukünftiger Gesellschafter ist in erster Linie und unmittelbar von der Frage betroffen, ob die Gesellschaftsanteile abtretbar sind und ob eine Neuaufnahme möglich ist. In diesen Punkten ist die Satzung ausnahmslos normähnlich

auszulegen.[1] Man würde die notarielle Form in ihrer Aussagekraft gegenüber zukünftigen Gläubigern aushöhlen, würde man auch ohne ausdrückliche Erklärung im Statut einen GmbH-Anteil aufgrund einer Auslegung als unabtretbar bzw. eine Neuaufnahme als nicht zulässig ansehen.[2] Eine unabsehbare Rechtsunsicherheit wäre die Folge. Auch die Beteiligung an einer personalistischen GmbH ist also bei Fehlen einer ausdrücklichen Satzungsbestimmung abtretbar. In diesem Punkt kann durch ergänzende Vertragsauslegung oder Rechtsfortbildung von der dispositiven Vorschrift des § 15 GmbHG nicht abgewichen werden. Auch in der Frage der Neuaufnahme kann nur ausdrücklich eine Abweichung von der gesetzlichen Vorschrift in der Satzung vereinbart werden. Im übrigen - vor allem soweit nur das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betroffen ist - können bei der Auslegung alle den Gesellschaftern bekannte bzw. erkennbare Umstände im Rahmen individueller Auslegung berücksichtigt werden.

---

1) Hier geht es zunächst nur darum darzulegen, daß in einer personalistischen GmbH die individuelle Auslegungsmethode grundsätzlich überhaupt angewandt werden kann. Die Ausnahmen bezüglich der Abtretbarkeit und Neuaufnahme werden unten noch eingehend behandelt, vgl. besonders S. 130 ff

2) Diese Ausführungen betreffen nur die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes. Unten wird im einzelnen dargelegt, daß der geforderte Schutz des Anteilserwerbers nicht gleichbedeutend mit dessen dauerndem Verbleib in der Gesellschaft ist. Vielmehr ist ein Ausschluß aus wichtigem Grund gegen Erstattung der Einlage möglich. Damit sind m.E. sowohl die Interessen des Erwerbers als auch die der Mitgesellschafter angemessen berücksichtigt, vgl. unten S. 155 ff

Die allgemeinen theoretischen Vorüberlegungen zu den Lösungsmethoden für die Kollisionsfälle in der personalistischen GmbH & Co KG sind nun abgeschlossen, soweit es um die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung und der Rechtsfortbildung und um mögliche Einschränkungen dieser Lösungswege geht. Zum Abschluß dieses Kapitels ist noch kurz auf das Institut der Analogie einzugehen, das für die Fälle der mangelnden Abstimmung ebenfalls eine Harmonisierung zwischen dispositiven GmbH- und KG-Vorschriften ermöglichen könnte.[1)]

---

1) Vgl. oben S. 36

C. Die Analogie als Lösungsweg für die Kollisionsfälle

Einige Autoren wollen dem Recht der Personengesellschaft über das Institut der Analogie Eingang in die personalistische GmbH verschaffen.[1] In jüngster Zeit hat Teichmann methodisch denselben Weg für die kapitalistische KG vorgeschlagen: In einer kapitalistischen KG seien anstelle von dispositiven Vorschriften des KG-Rechts Vorschriften des AG-Rechts analog anzuwenden.[2] Teichmann hat über die kapitalistische KG hinaus allgemein die These aufgestellt, mit Hilfe der Analogie könnten dispositive Vorschriften durch andere ersetzt werden, wenn der Typus einer Gesellschaft nicht dem, den der Gesetzgeber einer Gesellschaftsform ("Rechtsform") zugeordnet habe, sondern dem einer anderen Rechtsform mehr entspreche.

Da damit die Analogie möglicherweise einen Weg bietet, dispostive gesetzliche Vorschriften auszuschalten, könnte sie auch zur Lösung der Kollisionsfälle der mangelnden "Abstimmung" in der GmbH & Co KG geeignet sein. Die mangelnde Verzahnung läßt sich schon vom Ansatz her mit Hilfe der Analogie nicht lösen, da es keine "verzahnende" gesetzliche Vorschrift gibt, die analog auf die

1) Wieland, Handelsrecht II, S. 289; methodisch nicht ganz klar ist die Stellungnahme von Baumbach-Hueck. Zwar soll eine Anwendung von Vorschriften des Personengesellschaftsrechts in der personalistischen GmbH möglich sein, die Analogie erscheint neben der ergänzenden Vertragsauslegung als möglicher konstruktiver Weg, ohne daß eine Abgrenzung zwischen beiden Instituten vorgenommen wird, Baumbach-Hueck, GmbHG, § 3 F a.E.

2) Teichmann, Gesetzesumgehung, S. 86 m.w.N.; ferner auch ders., Gestaltungsfreiheit, S. 162

GmbH & Co KG übertragen werden könnte.

Die Analogie ist neben anderen eine Methode [1] zur Ausfüllung von Gesetzeslücken. Unter Analogie versteht man die Übertragung der für einen Tatbestand (A) oder für mehrere untereinander ähnliche Tatbestände (A 1 - A x) im Gesetz gegebenen Regel auf den im Gesetz nicht geregelten A ähnlichen Tatbestand B. Diese Übertragung gründet sich auf die Erkenntnis, daß in allen diesen Fällen die gleiche rechtliche Beurteilung geboten ist; vermöge ihrer Ähnlichkeit gilt kraft Analogie die Rechtsfolge von A auch für B. Die Rechtfertigung dieses Verfahrens ergibt sich aus dem Postulat der Gerechtigkeit, Gleichartiges rechtlich gleich zu behandeln. [2]

Man könnte sagen, das GmbH-Gesetz sei bezogen auf eine personalistische GmbH lückenhaft, [3] weil der Gesetzgeber insoweit keine dispositiven gesetzlichen Regelungen aufgestellt habe; er sei im GmbH-Gesetz vom Typus einer körperschaftlich strukturierten Gesellschaft ausgegangen und habe folglich auch alle dispositiven Vorschriften entsprechend diesem Leitbilde körperschaftlich

---

1) Ein anderer Weg kann sich z.B. aus der "Natur der Sache" oder dem Argumentum e contrario ergeben, vgl. Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 359, 368

2) Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 359

3) In einer personalistischen GmbH & Co KG kommt allein die Angleichung des körperschaftlichen GmbH-Normalstatuts an die Regelung des Personengesellschaftsrechts in Betracht. Deshalb wird im Rahmen der theoretischen Erörterung auch nur dieser Fall behandelt.

ausgerichtet. Die bezüglich der personalistischen Struktur bestehende "Lücke" könnte man im Wege der Analogie durch die Regelungen des Personengesellschaftsrechts ausfüllen, wenn personalistische GmbH und OHG in den für die rechtliche Bewertung entscheidenden Punkten ähnlich sind.[1)]

Die Analogie als Weg, dispositive Vorschriften des GmbH-Rechts zugunsten solcher des Personengesellschaftsrechts auszuschalten, wird abgelehnt u.a. von Fischer,[2)] Winkler[3)] und vom BGH.[4)] Fischer und Winkler geben der ergänzenden Vertragsauslegung den Vorzug, während der BGH sowohl die ergänzende Vertragsauslegung als auch die Analogie des Rechts der Personengesellschaft abgelehnt, jedoch eine Rechtsanalogie zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen befürwortet hat. Fischer, Winkler und der BGH[5)] begründen die

---

1) Dazu, daß es nicht auf eine allgemeine Ähnlichkeit ankommt, vgl. Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 360

2) GmbHR 1953, S. 131

3) Winkler, Lückenausfüllung, S. 4 ff

4) BGHZ 9, 157 ff (161); die Analogie wird auch abgelehnt von Feine-Ehrenberg, S. 53; Hachenburg-Schilling, GmbHG, allg. Einl., Anm. 25

5) Der BGH hat zwar ausdrücklich eine analoge Anwendung von Regeln des Personengesellschaftsrechts in der personalistischen GmbH abgelehnt, gleichwohl hat er jedoch in seiner bekannten Entscheidung über den Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters die Ausschlußmöglichkeit aus wichtigem Grund eingeräumt. Er hat aus mehreren Gesetzesbestimmungen, u.a. auch denen der OHG, deren Tatbestände in einer bestimmten Hinsicht übereinstimmen, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz entnommen, den er dann auf einen Tatbestand im Rahmen der personalistischen GmbH angewandt hat, den das Gesetz nicht geregelt hat. Zur Rechtsanalogie im Unterschied zur Einzelanalogie oder Gesetzesanalogie vgl. Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 364

Ablehnung der Analogie nur beiläufig und wenig überzeugend.

Die Ansichten von Wieland, Teichmann auf der einen und Fischer, Winkler und dem BGH auf der anderen Seite unterscheiden sich nicht im Ergebnis. Es besteht Übereinstimmung darüber, daß bei wesentlicher Abweichung eines Typus von demjenigen, den der Gesetzgeber zum Ausgangspunkt seiner gesetzlichen Regelung genommen hat, die gesetzlichen dispositiven Vorschriften verdrängt werden können durch Vorschriften einer anderen Rechtsform. Gemeinsam ist allen Ansichten auch, daß immer nur für einen einzelnen Punkt die Auswechslung einer dispositiven Vorschrift durch die einer anderen Rechtsform zugehörigen Regelung befürwortet wird. Es soll nicht in einer personalistischen GmbH das gesamte Recht der OHG zur Anwendung kommen, vielmehr ist die Entscheidung immer nur in dem einzelnen Punkt zu treffen.

Die allein in der Methode und der theoretischen Begründung bestehenden Gegensätze lassen sich durch einen Rückgriff auf die oben schon dargestellte Unterscheidung zwischen lex privata und lex dispositiva [1] und deren Fortbildung im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB oder im Rahmen des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben gem. § 242 BGB beseitigen.

Die Ansicht, dem Recht der Personalgesellschaft könne (nur) über die Analogie oder (nur) über die

---

1) Vgl. oben S. 55 ff

ergänzende Vertragsauslegung Eingang in eine GmbH verschafft werden, ist falsch, wenn damit jeweils das andere Institut abgelehnt werden soll. Da die Analogie eine Methode zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, d.h. zur Fortbildung des Gesetzesrechtes ist, besteht zwischen Analogie und ergänzender Vertragsauslegung kein Gegensatz. Sie sind nicht miteinander vergleichbar, vielmehr besteht eine Alternative allein zwischen der Fortbildung des dispositiven Rechts auf der einen und der der lex privata auf der anderen Seite. Geht es um die Frage, ob an die Stelle einer dispositiven GmbH-Vorschrift die des Personengesellschaftsrechts treten soll, so sind zwei Gedankenschritte zu durchlaufen. Zunächst ist zu entscheiden, ob die Frage generell durch Fortbildung des dispositiven Rechts oder als Einzelfallentscheidung zu beantworten ist. Erst im Anschluß daran kann die Frage der Methode der Fortbildung auftreten. Ist die Entscheidung zugunsten einer Fortbildung des dispositiven Rechts gefallen, so ist dann zu klären, ob in der personalistischen GmbH in den für die Bewertung maßgeblichen Punkten die Interessenlage die gleiche ist wie in einer Personalgesellschaft. Ist das der Fall, so wird grundsätzlich eine analoge Anwendung der Regelung des Personengesellschaftsrechts unter dem Gesichtspunkt geboten, daß Gleichartiges gleich zu behandeln ist.

Danach ließe sich also grundsätzlich die Meinung vertreten, über die Analogie finde das Recht der

Personengesellschaft Eingang in die personalistische GmbH, wenn damit nicht gleichzeitig eine generelle Ablehnung der ergänzenden Vertragsauslegung ausgesprochen wird; denn letztere muß zum Zuge kommen, wenn die Übernahme von Vorschriften des Personengesellschaftsrechts im Rahmen einer Einzelfallentscheidung erfolgen soll.

Hinter der Ablehnung der Analogie steht der Gedanke, den Fischer beiläufig hat anklingen lassen [1] und auf den bisher noch nicht eingegangen worden ist. Fischer meint, mit einer Analogie sei nicht viel gewonnen, da die Analogie zu einem harten Entweder-Oder von GmbH- und Personengesellschaftsrecht führen würde. Damit will der Verfasser offensichtlich sagen: wenn in einer personalistischen GmbH eine Analogie in einem einzelnen Punkt bejaht werde, so bestehe der Zwang, auch in allen übrigen Punkten das dispositive Recht der GmbH durch das der Personengesellschaft zu ersetzen. Diesen Zwang könnte man aus der allgemeinen Rechtfertigung der Analogie herleiten, nach der die Gerechtigkeit fordere, Gleichartiges rechtlich gleich zu behandeln. [2]

Im praktischen Ergebnis besteht Einigkeit darüber - worauf oben schon hingewiesen wurde - daß nur eine Übernahme in einzelnen Punkten in Frage kommen kann. Ein anderes Ergebnis wäre nicht sinnvoll. Einmal gibt es eine Reihe von dispositiven Vorschriften in der OHG, die heute in der Praxis

---

1) Fischer, GmbHR 1953, S. 131

2) Vgl. oben S. 117

regelmäßig von den Beteiligten abbedungen werden. Es wäre lebensfremd, wollte man diese Vorschriften nun im Wege der Analogie auch auf die personalistische GmbH übertragen. Ferner ist es auch möglich, daß in einer personalistischen GmbH einzelne dispositive Vorschriften des GmbH-Rechts den Interessen der Beteiligten mehr entsprechen als diejenigen des Personengesellschaftsrechts. So kann es in ihrem Interesse liegen, daß auf der einen Seite nach Kapitalanteilen abgestimmt wird, auf der anderen die Anteile an der Gesellschaft unabtretbar sind.

M.E. verbietet das Rechtsinstitut der Analogie nicht eine derartige differenzierte Betrachtungsweise. Es kann für einzelne Punkte, wie z.B. den Fall der Abtretung gesondert geprüft werden, ob in diesem Punkte in einer personalistischen GmbH eine Ähnlichkeit zur OHG besteht mit der Folge, daß eine analoge Anwendung der Regelung des Personengesellschaftsrechts geboten ist.[1)]

Der Frage, ob im Rahmen einer Analogie alle Vorschriften des Personengesellschaftsrechts in die GmbH zu übernehmen wären, braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden. Sie ist ohne praktische Bedeutung. Hier konnte es nur darum gehen aufzuzeigen, daß zwischen Analogie und ergänzender Vertragsauslegung keine Vergleichbarkeit besteht und daß die Anwendung von Regeln des Personengesellschaftsrechts über das Institut

1) So differenzierend auch schon Wieland, Handelsrecht II, S. 290 f

der ergänzenden Vertragsauslegung nicht damit begründet werden kann, eine Analogie käme nicht in Betracht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Analogie also nicht einen dritten Weg darstellt, auf dem das Personengesellschaftsrecht in eine personalistische GmbH Eingang erhält, vielmehr bleibt es bei der grundsätzlichen Zweiteilung zwischen Fortbildung der lex privata und der lex dispositiva. Die Analogie stellt lediglich eine Art der Fortbildung der lex dispositiva dar; abgesehen von theoretischen Zweifelsfragen besteht Einigkeit darüber, daß bei der Fortbildung der lex dispositiva schon vorhandene gesetzliche Wertung zu berücksichtigen sind, ohne daß die Verpflichtung bestände, alle Vorschriften des OHG-Rechts insgesamt zu übernehmen.

## 4. Kapitel

## Die einzelnen Kollisionsfälle in der identischen personalistischen GmbH & Co KG

### A. Abtretung des GmbH-Anteils

Ein besonders folgenschwerer Kollisionsfall kann sich in einer identischen GmbH & Co KG aus den in KG und GmbH unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen der Abtretung von Gesellschaftsanteilen ergeben. Nach dem GmbH-Gesetz sind GmbH-Anteile frei abtretbar (§ 15 I GmbHG), während eine KG-Beteiligung nur mit Zustimmung aller Gesellschafter übertragen werden kann (§§ 161 II, 105 II HGB, 719 BGB). Fehlt es in dem Punkt der Anteilsabtretung an einer einheitlichen Ausrichtung von GmbH- und KG-Vertrag,[1] so kann ein Gesellschafter grundsätzlich nach der dispositiven gesetzlichen Regelung seinen GmbH-Anteil an einen Dritten abtreten, während er selbst

1) Die Ausrichtung könnte z.B. durch vertragliche Vereinbarungen folgender Art erfolgen:
"der GmbH-Anteil ist unabtretbar" - Abstimmung des GmbH-Vertrages auf die gesetzliche Regelung der KG oder
"der KG-Anteil ist frei übertragbar" - Abstimmung des KG-Vertrages auf die gesetzliche Regelung der GmbH bzw.
"der KG-Anteil kann nur zusammen mit dem GmbH-Anteil an dieselbe Person übertragen werden" - Verzahnung von GmbH- und KG-Vertrag, die hier neben der Abstimmung erforderlich ist, um ein Auseinanderlaufen von KG- und GmbH-Beteiligung zu verhindern, vgl. oben S. 3

weiterhin Kommanditist bleibt.

I. Für die Doppelgesellschaft vorgeschlagene Lösungen

In der vergleichbaren Diskussion im Rahmen der Doppelgesellschaft [1] ist die Meinung vertreten worden, Geschäftsführungs- und Grundgesellschaft (vergleichbar der GmbH und der KG in der GmbH & Co KG) bildeten nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine tische Einheit.[2] Ausgehend von der juristisch nheit seien die Beteiligungen durch analoge Anwendungen von § 738 I BGB oder § 139 BGB kraft Gesetzes miteinander zu verknüpfen.

1. Analoge Anwendung des § 738 I BGB

Nach Goldbaum[3] ist das bestimmende Rechtsverhältnis in der Doppelgesellschaft die Grundgesellschaft. Die Mitgliedschaft in der Organgesellschaft ist lediglich Folge und Annex der Gesellschafterstellung in der Grundgesellschaft. Goldbaum meint, die Rechtsfolgen des Ausscheidens aus der Grundgesellschaft seien nach § 738 BGB zu beurteilen.

---

1) Zur Doppelgesellschaft vgl. oben S. 17 Anm. 1)

2) Goldbaum, § 8 IV 4 a; Hofmann, Erich, S. 30 f; Strehmel, S. 31; vgl. ferner Geiler in Staudinger, 9. Aufl., Bd. II/3 Anh. C IV 1 d, der die Doppelgesellschaft ebenfalls als rechtliche Einheit bezeichnet, hinsichtlich der Mitgliedschaft aber nicht die Konsequenz zieht, daß nur ein gleichzeitiges Ausscheiden aus Grund- und Organgesellschaft möglich sei; vgl. die Darstellung von Treeck, S. 42 ff

3) Goldbaum, § 8 IV 4 a

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Grundgesellschaft wachse dessen Geschäftsanteil an der Organgesellschaft den übrigen Gesellschaftern der Grundgesellschaft gem. § 738 BGB zu.

Goldbaum hat sich nicht ausdrücklich mit den Rechtsfolgen einer alleinigen Anteilsabtretung in der GmbH (Organgesellschaft) beschäftigt, vielmehr nur die Folgen eines Austritts aus der Grundgesellschaft behandelt. Wenn seine These jedoch richtig ist - mit dem Austritt aus der Grundgesellschaft gehe der Anteil an der Organgesellschaft auf die Grundgesellschaft über -, dann könnte man dieser Verknüpfung zufolge die alleinige Abtretung der GmbH-Beteiligung als unwirksam ansehen.

Scheidet ein Gesellschafter aus einer Personengesellschaft aus, so wächst grundsätzlich sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 I BGB). Die Beteiligung an der Organgesellschaft gehört jedoch nicht zum gesamthänderisch gebundenen Vermögen, sondern zum Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft können allerdings neben dem Gesamthandsvermögen auch wirtschaftlich gemeinschaftliches Vermögen schaffen, an dessen wertmäßiger Substanz sie aufgrund schuldrechtlicher Absprachen beteiligt sind. Aufgrund der besonderen Interessenlage der Gesellschafter in einer Doppelgesellschaft

- das gleiche würde für die GmbH & Co KG gelten - könnte man davon ausgehen, daß die Beteiligung an der Organgesellschaft (GmbH) einer derartigen schuldrechtlichen Bindung der Gesellschafter unterliegt.

Es ist jedoch anerkannt, daß auf die nur wirtschaftlich aufgrund schuldrechtlicher Absprache zum Vermögen der Gesellschaft gehörenden Vermögenswerte § 738 I BGB keine Anwendung findet.[1] Das Prinzip der Anwachsung ist eine Konsequenz der Gesamthandsberechtigung und stellt eine Sonderregelung nur für die dingliche Vermögensgemeinschaft mit gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit und Verfügungsgemeinschaft dar. Eines besonderen Übertragungsaktes bedarf es hier ausnahmsweise nicht, da das Gesetz trotz des Ausscheidens eines Beteiligten die Identität des Rechtsträgers der Personengemeinschaft noch als gewahrt ansieht. Schuldrechtliche Bindungen sind ohne Einfluß auf die Rechtszuständigkeit.[2]

Eine gesetzliche Verknüpfung der Mitgliedschaften an den Teilgesellschaften läßt sich also in dem von Goldbaum vorgeschlagenen Sinne nicht erreichen.

2. Analoge Anwendung des § 139 BGB

In der kartellrechtlichen Literatur ist die Ansicht vorgetragen worden, die Wirkung einer Kartellkündigung gem. § 13 GWB auf die Kartellorganisa-

1) Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, vor § 705 Rz 28; Staudinger-Keßler, vor § 705 Rz 45 d

2) Larenz, Schuldrecht, Bd. II § 56 VI c

tion beurteile sich nach § 139 BGB.[1] Es wird dabei davon ausgegangen, daß die Kartellkündigung lediglich die Kartellpflichten ergreife, nicht auch zugleich auf die gesellschaftsrechtlichen Bindungen bezogen sei. Wenn man die Kartellpflichten als selbständig kündbaren Teil der Kartellgesellschaft ansieht und sie dem organisatorischen Teil gegenüberstellt, so ist eine gewisse Ähnlichkeit zur Doppelgesellschaft und zur GmbH & Co KG gegeben. Die entsprechende Anwendung von § 139 BGB hat nach Ansicht der zitierten Autoren zur Folge, daß der nicht gekündigte Teil des einheitlichen Rechtsgeschäftes - "Kartell" - nichtig ist.[2] In diesem Sinne ließe sich erwägen, ob das Ausscheiden aus der Grundgesellschaft in entsprechender Anwendung des § 139 BGB zugleich die Rechtsbeziehungen des Ausscheidenden zur Organgesellschaft löst oder ob sich umgekehrt der Austritt aus der Organgesellschaft zugleich mit auf die Grundgesellschaft erstreckt.

§ 139 BGB ist eine Auslegungsregel für die Feststellung des maßgeblichen Parteiwillens bei teilnichtigen Rechtsgeschäften. Diese Vorschrift setzt also ein einheitliches Rechtsgeschäft voraus, wobei auch mehrere rechtlich selbständige Rechtsgeschäfte zu einem wirtschaftlich einheitlichen Geschäft miteinander verbunden sein können. Man wird die Mitgliedschaften in den Teilgesellschaften (Organgesellschaft und Grundgesellschaft bzw.

---

1) Langen, § 13 Anm. III 2; Müller-Gries, § 13 Rz 9

2) Vgl. die in Anm. 1) gegebenen Hinweise

GmbH und KG) als einheitliches Rechtsverhältnis im Sinn des § 139 BGB ansehen können, da mit beiden Mitgliedschaften nach dem Willen der Gesellschaft und der Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge ein wirtschaftlich einheitlicher Zweck verfolgt wird.[1)]

§ 139 BGB beruht jedoch auf der Erwägung, daß den Beteiligten, die einen einheitlichen umfassenden Rechtserfolg zu verwirklichen bezwecken, eine nur teilweise Verwirklichung dieses Erfolges nicht gegen ihren Willen aufgedrängt werden darf.[2)] Das von den Parteien als einheitlich gewollte Rechtsgeschäft soll nicht willkürlich in Teile zerrissen werden, auf deren Bildung die Beteiligten keinen Einfluß haben. Dieser Gedanke trifft dann nicht zu, wenn ein Beteiligter ausdrücklich einen Teil eines wirtschaftlich einheitlichen Rechtsgeschäfts kündigt und wenn die Kündigung ausdrücklich nach der gesetzlichen Regelung zulässig ist. Ist durch das Gesetz die Kündigung von Teilen eines wirtschaftlich einheitlichen Rechtsgeschäfts vorgesehen, so wird durch die Ausübung des Kündigungsrechts dieses Rechtsgeschäft nicht in einer von den Parteien nicht gewollten und willkürlichen Weise auseinandergerissen.

Die Kündigung oder der Austritt aus einer Teilgesellschaft in der Doppelgesellschaft oder der GmbH & Co KG kann sich also nicht in analoger

---

1) Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit bildet ein wichtiges Indiz für die Einheitlichkeit, vgl. Erman-Westermann, § 139 Anm. 9; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 139 Rz 9

2) RG JW 1908, 445

Anwendung des § 139 BGB auch auf die andere Gesellschaft erstrecken.

## II. Eigene Lösung

Neben §§ 738 II und 139 BGB bestehen keine weiteren speziellen gesetzlichen Vorschriften, die eine Verknüpfung der Mitgliedschaften in der GmbH & Co KG ermöglichen könnten, so daß nun die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in Verbindung mit der ergänzenden Vertragsauslegung bzw. der Rechtsfortbildung heranzuziehen ist.

### 1. Keine Abweichung von § 15 I GmbHG im Außenverhältnis

Ein Auseinanderfallen der Mitgliedschaften ist dann nicht möglich, wenn der GmbH-Anteil nur mit Zustimmung aller Gesellschafter zu übertragen ist, d.h. wenn § 15 I GmbHG durch die Unabtretbarkeitsregelung des Personengesellschaftsrechts zu ersetzen ist.

Oben wurde schon ausgeführt, daß alle hier vorgeschlagenen Lösungen ohne das besondere, in personalistischen Gesellschaften bestehende Gemeinschaftsverhältnis und die sich daraus ergebende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nicht denkbar sind.[1)] Im folgenden ist nun im einzelnen zu untersuchen, ob durch Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht § 15 I GmbHG ersetzt werden kann – ob methodisch diese Konkretisierung im Rahmen

1) Vgl. oben S. 7o

der ergänzenden Vertragsauslegung oder der Rechtsfortbildung erfolgt, kann hier dahingestellt bleiben;[1] einmal gelten mögliche Einschränkungen für beide Institute in gleicher Weise,[2] zum anderen können hier im Rahmen einer theoretischen Arbeit - unabhängig vom konkreten Fall - ohnehin nur allgemein die Gesichtspunkte aufgezeigt werden, die bei der Lösung eines Kollisionsfalles in der Praxis zu berücksichtigen sind: im Rahmen einer Rechtsfortbildung mehr in typisierender, verallgemeinernder Form - im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung mehr bezogen auf den Einzelfall.

In Schrifttum und Rechtsprechung ist heute grundsätzlich anerkannt, daß in einer personalistischen GmbH bei Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Bestimmung nicht unbedingt die dispositive gesetzliche Regelung eingreift, daß vielmehr an ihre Stelle die entsprechende Regelung des Personengesellschaftsrechts treten kann.[3] Darüber, wann im einzelnen von einer dispositiven Vorschrift abgewichen werden kann, bestehen jedoch erhebliche Meinungsunterschiede.

In der Literatur - eine Entscheidung der Rechtsprechung liegt noch nicht vor - wird auch die Frage nach der Übertragbarkeit bzw. Nichtübertragbarkeit der Anteile in der personalistischen GmbH unterschiedlich beantwortet. Auf der einen Seite stehen die

---

1) Theoretisch ist eine Rechtsfortbildung geboten, in der Gerichtspraxis wird jedoch zunächst wohl aus einer gewissen Unsicherheit und Vorsicht die ergänzende Vertragsauslegung vorgezogen. Zu diesen methodischen Fragen vgl. oben S. 72 ff

2) Vgl. oben S. 73 ff

3) Vgl. statt aller Immenga, S. 108 ff; vgl. auch unten S. 135 Anm. 2

Autoren, die bei einem besonders engen persönlichen Verhältnis der Gesellschafter untereinander auch ohne ausdrückliche Vereinbarung von einer Vinkulierung der Anteile ausgehen.[1] Diese Ansicht ist als herrschende Meinung bezeichnet worden.[2] Die Gegenansicht, nach der auch in der personalistischen GmbH die Anteile frei abtretbar sind, hat zuletzt Immenga etwas breiter dargestellt und vertreten.[3]

Bei näherem Hinsehen reduziert sich die sogenannte herrschende Meinung auf einige Sätze von Fischer in dessen bekanntem Aufsatz "Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG",[4] die einige Autoren beiläufig und ohne eigene Stellungnahme, zum Teil ohne jegliche Begründung übernommen haben. Fischer und den Autoren, die sich ihm angeschlossen haben, ist gemeinsam, daß sie alle mit der Annahme des Genehmigungsvorbehaltes sehr zurückhaltend sind. Sie betonen, ein Genehmigungsvorbehalt müsse grund-

---

1) Fischer, GmbHR, 1953 S. 133; Winkler, S. 56; Limbach, S. 70; Wiedemann, S. 83 - Es stellt sich die Frage, welche Art von Vinkulierung hier gemeint ist. Grundsätzlich gibt es mehrere Möglichkeiten: Genehmigung durch alle Gesellschafter oder durch eine Mehrheitsgruppe - gebildet mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit - oder auch nur durch die Geschäftsführung. Die angeführten Autoren sehen von diesen verschiedenen Möglichkeiten nur eine einzige. Vinkulierung bedeutet für sie, daß die Übertragung nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist. Der Anteil an einer personalistischen GmbH wird also wie der an einer Personengesellschaft behandelt: Er ist unübertragbar, es sei denn alle Beteiligten genehmigten die Übertragung.

2) Vgl. Immenga, S. 82; Martens, S. 125 f

3) Immenga, S. 79 - 83

4) Fischer, GmbHR 1953, S. 131 ff

sätzlich ausdrücklich vereinbart sein, nur in ganz besonderen Ausnahmefällen könne von der ausdrücklichen Vereinbarung abgesehen werden.[1)]

Fischer hat seine These aus den allgemeinen für eine GmbH-Satzung geltenden Auslegungsgrundsätzen hergeleitet. Die Auslegung einer GmbH-Satzung erfolge nicht nach rein objektiven Grundsätzen, sondern nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB. Dabei sei allerdings die Einschränkung zu machen, daß einer solchen Auslegung engere Grenzen gezogen seien, als sich der Gesellschaftsvertrag einer GmbH an einen unbestimmten Personenkreis - Gläubiger, künftige Gesellschafter - wende, der über die aus dem Vertrag nicht erkennbaren Gedanken und Absichten der Vertragsschließenden nicht unterrichtet sei. Das hindere aber nicht, auch solche Umstände bei der Auslegung mit zu berücksichtigen, sofern sie nur das innere Verhältnis der Gesellschaft berührten.[2)]

Zur Frage der freien Abtretbarkeit bzw. eines Genehmigungsvorbehaltes in der personalistischen GmbH führt Fischer dann aus: im allgemeinen werde man verlangen müssen, daß sich ein solcher Genehmigungsvorbehalt ausdrücklich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe. Nur in besonderen Fällen, in denen der betont persönliche Charakter besonders deutlich zutage trete, werde man nach dem Sinnzusammenhang des gesamten Gesellschaftsvertrages auch ohne ausdrückliche Bestimmung einen solchen Vorbehalt annehmen können ... Ein solch besonderer

---

1) Vgl. die Nachweise S.132 Anm. 1

2) Fischer unter Berufung auf Entscheidungen des RG, Fischer, GmbHR 1953, S. 132 m.w.N.

Fall werde namentlich dann in Betracht kommen, wenn den Gesellschaftern nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 GmbHG weitere mitgliedschaftliche Verpflichtungen auferlegt seien, die - da ihrem Inhalt nach von der Person bestimmter Gesellschafter abhängig - bei einer freien Abtretungsmöglichkeit an dritte Personen ihren vertragsmäßigen Inhalt verlieren würden. Ähnliches habe dann zu gelten, wenn die GmbH im Einzelfall sehr stark einer OHG angeglichen sei, wenn also z.B. die Gesellschafter kraft Mitgliedschaftsrechts auch Geschäftsführer der Gesellschaft seien oder der eine oder der andere Gesellschafter von der Geschäftsführung zwar ausgeschlossen sei, aber doch nach Maßgabe der für die OHG geltenden Grundsätze Kontroll- und Überwachungsrechte besitze.

Es fällt auf, daß Fischer zunächst bei der Darstellung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze von gewissen Einschränkungen bei der Auslegung spricht, soweit der Gesellschaftsvertrag sich an einen unbestimmten Personenkreis wende: Gläubiger und künftige Gesellschafter.[1] Diese mögliche Einschränkung erwähnt er jedoch dann bei Behandlung der Frage, ob in einer personalistischen GmbH die Anteile frei abtretbar sind oder ob ein Genehmigungsvorbehalt besteht, mit keinem Wort, obwohl derjenige, der einen GmbH-Anteil zu erwerben versucht, ein "künftiger Gesellschafter" ist.

Die in Fischers Ausführungen vermißten Gesichtspunkte - Beschränkung der Auslegung, Schutz des Erwerbers - sind für Immenga entscheidend dafür, daß auch in einer personalistischen GmbH die freie Anteilsabtretbarkeit des § 15 I GmbHG uneingeschränkte Geltung hat.

---

1) Fischer, GmbHR 1953, S. 132

Zugunsten der ausnahmslosen Anwendung von § 15 I GmbH auch in der personalistischen GmbH führt Immenga an, man könne den Anteilserwerber nicht über die Wirksamkeit der Übertragung im Ungewissen lassen. Ferner bedeute die Annahme einer stillschweigenden Vinkulierung wohl kaum noch eine Auslegung des Gesellschaftsvertrages. Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Satzung für die Allgemeinheit, insbesondere aber für Gläubiger und künftige Gesellschafter sei der Auslegung insofern eine Grenze gezogen, als über den Wortlaut hinaus nur eine aus der Urkunde selbst zu gewinnende Auslegung zulässig sei. Deshalb könnten Nebenabreden und Deutungen von Satzungsvorschriften, die für Außenstehende nicht erkennbar seien, nicht zugelassen werden. Nach diesen allgemein anerkannten Grundsätzen sei es kaum denkbar, daß ohne ausdrückliche Bestimmung in der Satzung eine Vinkulierung als gewollt angesehen werden könne.[1)]

Immenga will nicht etwa, wie es den Anschein haben könnte, generell und uneingeschränkt in einer personalistischen GmbH die dispositiven Vorschriften des GmbH-Rechts zur Anwendung bringen. Auch er ist, abgesehen von dem hier behandelten Fall der Übertragbarkeit, ebenfalls der Ansicht, Vorschriften des Personengesellschaftsrechts oder sonstige allgemeine Rechtsgrundsätze könnten an Stelle des dispositiven GmbH-Rechts herangezogen werden.[2)] Im Fall der Übertragbarkeit ergeben sich für Immenga jedoch offensichtlich aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für eine GmbH-Satzung bzw. aus schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit, der Gläubiger der Gesellschaft und insbesonders der zukünftigen Gesellschafter Besonderheiten, die gebieten, an § 15 I GmbHG festzuhalten. Unklar ist, in welchem Zusammenhang die von Immenga genannten Gesichtspunkte stehen. Sie werden mehr oder weniger unsystematisch

---

1) Immenga, S. 83

2) Vgl. Immenga, S. 110. Der Vorbehalt des Verfassers auf S. 110 bezieht sich nicht darauf, ob überhaupt von dispositiven Vorschriften in der GmbH abgewichen werden kann, vielmehr bringt er nur zum Ausdruck, daß die – notwendige – Anwendung anderer Normen letztlich keine befriedigende Lösung darstellen kann.

aneinander gereiht.

Soweit es um die dingliche Seite der Übertragung geht, ist Immenga aus mehreren Gründen zuzustimmen: Auch in einer personalistischen GmbH sind die Anteile übertragbar.[1)]

Eine Begründung wurde oben schon bei der Darstellung der für eine GmbH-Satzung geltenden Auslegungsgrundsätze gegeben.[2)] Sie ist aus dem schematisierenden Charakter von Formvorschriften im allgemeinen hergeleitet worden. Die Auslegung einer GmbH-Satzung ist unter drei verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten - die Satzung als Erklärung an die Öffentlichkeit, als Verbandsgrundlage einer Körperschaft und als formbedürftiger Vertrag. Aus dem zuletzt genannten Gesichtspunkt der Formbedürftigkeit ergibt sich m.E. schon, daß von § 15 I GmbHG nicht abgewichen werden kann: die Annahme der Unabtretbarkeit - wenn sie nicht ausdrücklich in der Satzung vereinbart ist - würde einen möglichen Erwerber schädigen, da er im Glauben, eine Beteiligung zu erwerben, in aller Regel einen Kaufpreis an den Veräußerer zahlen, Aufwendungen machen wird, in Wirklichkeit jedoch keinen Gegenwert erhält, obwohl gerade ein möglicher Erwerber - "zukünftiger Gesellschafter" - nach der gesetzgeberischen Absicht geschützt werden soll.[3)] Da Formvorschriften einer schematisierenden Betrachtung unterliegen - die Form

---

1) Zu den sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Einschränkungen vgl. unten S.145 ff

2) Vgl. oben S.109 ff

3) Vgl. oben S.111 ff

ist nicht etwa verzichtbar, wenn im konkreten Fall ein Schutz nicht erforderlich ist – kann ihr Schutzbereich auch nicht durch verschiedene Auslegungsmethoden im Einzelfall variiert werden. Zumindest in einem Kernbereich ist eine Gleichbehandlung aller GmbHs erforderlich unabhängig davon, ob im Einzelfall eine GmbH mehr personalistisch oder mehr körperschaftlich ausgestaltet ist. In diesen Kernbereich gehört die Frage der Abtretbarkeit. Ein "zukünftiger Gesellschafter" wird am stärksten gerade von dieser Frage betroffen; denn ist der GmbH-Anteil nicht abtretbar, so erwirbt er ihn nicht und wird überhaupt kein Gesellschafter.

Darüber hinaus läßt sich die Übertragbarkeit der Anteile in einer personalistischen GmbH m.E. auch aus Gründen der allgemeinen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit begründen. Die gegenteilige Ansicht Fischers und der anderen genannten Autoren[1] würde zu Rechtsunsicherheit und Unklarheit führen, da sie die Wirksamkeit der Übertragung von unbestimmten, verschwommenen Voraussetzungen abhängig macht; Fischer spricht davon, daß der persönliche Charakter besonders deutlich zutage treten müsse oder daß die GmbH im Einzelfall einer OHG sehr stark angeglichen sein müsse. Die personalistische Struktur bei einer Gesellschaft läßt sich nicht exakt definieren, vielmehr können nur einzelne Elemente aufgezeigt werden. Nach Fischer ergibt sich z.B. die personalistische Struktur aus der Anzahl der Gesellschafter, ihren persönlichen

---

1) Vgl. oben S.132 Anm. 1

Beziehungen, aus besonders eingeräumten Rechten und Pflichten. Martens hat versucht, einzelne Aspekte der personalistischen Struktur etwas genauer zu beschreiben. Er führt folgende Punkte an: Identität von Gründern und Gesellschaftern - geringe Zahl der Gesellschafter - Selbstorganschaft - tätige Mitarbeit der einzelnen Gesellschafter - Gewicht des einzelnen Gesellschafters bzw. der Gesellschafterversammlung - außergesellschaftliche Verbundenheit der Gesellschafter.[1] Diese einzelnen Elemente können in einer Vielzahl von Kombinationen und Abstufungen zusammentreffen, so daß der Erwerber einer GmbH-Beteiligung in vielen Fällen unsicher sein wird, ob eine personalistische Struktur gegeben ist und ob sie in Fischers Sinn stark genug ausgeprägt ist.

Es wird versucht, diesem Argument der Unsicherheit dadurch zu entgehen, daß man einen Genehmigungsvorbehalt nur in ganz extremen Fällen annehmen will: die personalistische Struktur müsse offensichtlich und besonders stark sein. Die angeführten Beispiele sind jedoch gar nicht so extrem. So sieht Fischer z.B. die starke Angleichung schon als gegeben an, wenn die Gesellschafter kraft Mitgliedschaftsrechts auch Geschäftsführer der Gesellschaft[2] seien oder der

---

1) Vgl. unten S. 145 ff

2) Ob die Geschäftsführungsbefugnis Ausfluß des Mitgliedschaftsrechts ist oder nicht, läßt sich oftmals erst durch Auslegung ermitteln. Eine ausdrückliche Vereinbarung wird häufig fehlen, da die Unterscheidung zwischen Geschäftsführung aufgrund Mitgliedschaft und derjenigen aufgrund normaler Anstellung nicht geradezu zum juristischen Allgemeinwissen gehört. Der Vorschlag Fischers liefe letztlich für die Praxis darauf hinaus, daß die personalistische Struktur anhand eines Merkmals bejaht werden muß, das sich selbst erst aus der personalistischen Struktur durch Auslegung herleiten läßt. Zu diesem Problemkreis vgl. unten S. 188 ff

eine oder der andere Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sei, aber doch nach Maßgabe der für die OHG geltenden Grundsätze Kontroll- und Überwachungsrechte besitze. - Gegen eine Beschränkung auf wirklich "extreme" Fälle spricht auch, daß derartige Fälle für die Gerichtspraxis nur geringe Bedeutung haben. Gerade in ganz extremen Fällen werden die Beteiligten, die bei der Gründung notwendigerweise von einem Notar beraten werden, kaum übersehen, die Frage der Übertragbarkeit ausdrücklich zu regeln und entsprechend ihrer extremen Interessenlage einen Genehmigungsvorbehalt zu vereinbaren. - Aber selbst in derartig stark personalistischen Gesellschaften ließe sich die Unsicherheit für den Erwerber nicht beseitigen. Denn auch Fischer und die Autoren, die sich ihm angeschlossen haben, verkennen nicht, daß es nicht nur auf die personalistische Struktur ankommt, sondern darauf, daß diese Struktur in der Satzung einen irgendwie gearteten Niederschlag gefunden hat. Nur dann, wenn überhaupt einige personalistische Regelungen in der Satzung enthalten sind, sollen in nicht geregelten Punkten an Stelle der dispositiven körperschaftlichen Vorschrift solche des Personengesellschaftsrechts zur Anwendung kommen.[1] Zur Beantwortung der Frage, wann die personalistische Struktur einen ausreichenden Niederschlag gefunden hat, lassen sich jedoch

1) Vgl. dazu z.B. Fischer, GmbHR 1953, S. 132 f. Eine Begründung wird nicht ausdrücklich gegeben. Sie ergibt sich mittelbar aus den übrigen Ausführungen Fischers. Der Niederschlag der personalistischen Struktur als solcher wird zum Schutz Dritter verlangt; hier spielt - ohne systematische Klärung - der Gedanke mit, daß der Auslegung einer GmbH-Satzung Grenzen gesetzt sind, vgl. auch oben S. 133

noch weniger auch für einen Laien verständliche Regeln aufstellen als für die "personalistische Struktur".[1)]

Man könnte einwenden, nach § 399 1. Altern. BGB treffe auch den Erwerber einer Forderung eine Unsicherheit, da nach dieser Vorschrift die Übertragbarkeit ausgeschlossen sei, wenn durch die Übertragung eine "Inhaltsänderung" eintrete. Da eine Inhaltsänderung ein allgemeiner und für einen Laien nicht ohne weiteres faßbarer Begriff sei, werde auch in § 399 BGB die Wirksamkeit einer Verfügung von einem unbestimmten Begriff abhängig gemacht ähnlich der "personalistischen Struktur" bei der Übertragung eines GmbH-Anteils. In § 399 BGB habe der Gesetzgeber einem möglichen Erwerber gerade das Risiko aufgebürdet, das hier bei der Übertragung eines GmbH-Anteils dem Erwerber nicht zugemutet werden soll. Der Begriff der "Inhaltsänderung" ist jedoch keinesfalls so unbestimmt wie der der "personalistischen Struktur". Die Grenzen sind viel enger gezogen. Die "Inhaltsänderung" bezieht sich nur auf eine einzelne Forderung, während die personalistische Struktur einer Gesellschaft sich aus einer Vielzahl einzelner Elemente zusammensetzt. Außerdem beruht die Regelung des § 399 BGB - Unübertragbarkeit einer Forderung, soweit Inhaltsänderung eintreten würde - auf dem allgemeinen und selbstverständlichen Gedanken, daß einem Schuldner durch eine Abtretung

---

1) Ähnlich Immenga: "Es kann auch nicht genügen, den für die Parteien und Dritte erkennbaren Vertragstypus als Ganzes zum Ausgangspunkt der Interpretation zu wählen. In welchem Maße müßten persönliche Rechte und Pflichten in der Satzung festgelegt sein, damit auch ein Außenstehender davon ausgehen kann, daß damit die Übertragungsbeschränkung gewollt ist?" Immenga, S. 83

nicht mehr Pflichten entstehen können, als sie gegenüber dem Ursprungsgläubiger begründet worden sind. Die durch den Begriff der Inhaltsänderung entstehende Unbestimmtheit ist also einmal sehr viel geringer, zum anderen ist sie notwendig.

Gegen die hier vertretene These der freien Übertragbarkeit der Anteile auch in der personalistischen GmbH könnte § 399 BGB sprechen.[1] Unmittelbar läßt sich jedoch § 399 BGB auf eine Gesellschafterstellung als Ganzes nicht anwenden, da sie eine Vielzahl von Rechten umfaßt, von denen einzelne unter dem Gesichtspunkt der Inhaltsveränderung nach § 399 BGB unabtretbar sein können, während andere, für die eine Inhaltsänderung gar nicht in Betracht kommt, grundsätzlich abtretbar sind, z.B. diejenigen, die auch in einer Personengesellschaft übertragbar sind (Gewinnanspruch, Anspruch auf Auseinandersetzungsguthaben).[2]

Aus § 399 BGB könnte sich jedoch insofern ein Argument gegen die hier vertretene These ergeben, als die Beteiligung an einer personalistischen GmbH nahezu ausschließlich aus solchen Rechten bestehen kann, die nach § 399 BGB nicht übertragbar sind, so daß die Beteiligung durch eine Übertragung praktisch "ausgehöhlt" und gegenstandslos wird. Man könnte für diesen Fall folgern, die Übertragung einer praktisch "ausgehöhlten" GmbH-

---

1) "Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann...", § 399 1.Alt. BGB. - Daran hat Fischer offensichtlich gedacht. Er begründet die Unabtretbarkeit damit, daß mitgliedschaftliche Verpflichtungen, die ihrem Inhalt nach von der Person bestimmter Gesellschafter abhängig seien, bei einer freien Abtretbarkeit ihren vertragsmäßigen Inhalt verlieren würden. Fischer, GmbHR 1953, S. 135

2) Vgl. § 717 S. 2 BGB

Beteiligung müsse selbst unwirksam sein. Da der Erwerber ohnehin bezüglich der Mehrzahl der Rechte nicht geschützt sei, stehe er sich gar nicht schlechter, wenn er die ohnehin ausgehöhlte Beteiligung als solche nicht erwerbe. Der Erwerber einer derartigen GmbH-Beteiligung werde damit nicht anders behandelt als derjenige, der ein Übertragungsgeschäft bezüglich einer unübertragbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft abschließe. Dieser werde auch nicht geschützt, da schon der Gesetzgeber angeordnet habe, daß die Beteiligung als solche an einer Personengesellschaft nicht übertragbar sei, nicht nur die Rechte, die ohnehin schon nach § 399 BGB nicht zu übertragen seien.

Die vorgetragenen Argumente sind zwar nicht von der Hand zu weisen. Sie sollten jedoch nicht dazu führen, von der hier vertretenen freien Anteilsabtretbarkeit im Außenverhältnis abzuweichen. Sie können auf der schuldrechtlichen Ebene im Innenverhältnis angemessen berücksichtigt werden.[1] Für die hier vertretene Lösung spricht m.E. auch eine ganz allgemeine Grundentscheidung unserer Rechtsordnung: Die Wirksamkeit einer Verfügung wird sehr prinzipiell und abstrakt beantwortet. Auf der dinglichen Ebene gibt es allgemein nur ein klares Entweder - Oder. Mängel in einer Rechtsbeziehung wirken sich grundsätzlich nur auf das Kausalverhältnis aus. Erforderliche Korrekturen erfolgen in der Regel im Kausalverhältnis. Das erfordert m.E. auch eine starre und klare

1) Vgl. dazu unten S. 145 ff

Entscheidung darüber, ob die Übertragung eines GmbH-Anteils wirksam ist oder nicht. Das Gegenteil tritt jedoch ein, wenn es auf die "personalistische Struktur", auf deren ausreichenden Niederschlag in der Satzung oder darauf ankommt, ob eine Beteiligung durch Übertragung so stark "ausgehöhlt" wird, daß sie selbst praktisch gegenstandslos ist. Diese Gesichtspunkte sollten nur im Kausalverhältnis berücksichtigt werden und dort möglicherweise zu Anpassungen oder auch zu einer Rückabwicklung führen.

Es bleibt also zunächst festzuhalten, daß auch in einer personalistischen GmbH die Anteile übertragbar sind. § 15 I GmbHG kann nicht durch die Unabtretbarkeitsregelung des Personengesellschaftsrechts ersetzt werden. Die Gründe ergeben sich, wie wir sahen, aus der für die GmbH-Satzung vorgeschriebenen notariellen Form (schematisierter Schutz des Erwerbers) und aus dem Erfordernis der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (die Wirksamkeit einer Verfügung kann nicht von verschwommenen Voraussetzungen abhängig sein).

Diese These stellt erst einen Teil des Lösungsvorschlages dar. Sie erfährt im folgenden eine schon angedeutete Einschränkung auf der schuldrechtlichen Ebene. Bisher ist noch nicht entschieden worden, wie die im Außenverhältnis wirksame Anteilsübertragung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander rechtlich zu würdigen ist. Es bleibt noch zu untersuchen, ob die Regelung des § 15 I GmbHG auch das Verhältnis der Gesellschafter mit der Folge erfaßt, daß ein

Gesellschafter einer personalistischen GmbH seine Beteiligung auch im Innenverhältnis übertragen darf. Es ist denkbar, daß in der Übertragung ein Pflichtverstoß gegenüber den Mitgesellschaftern liegt. Ließe sich das bejahen, so ergeben sich aus dem Verstoß möglicherweise Regreßansprüche gegen den Veräußerergesellschafter.

Darüber hinaus ist zu prüfen, ob der oben geforderte Schutz des Anteilserwerbers dessen dauernden Verbleib in der GmbH erfordert. Zwar würde die dingliche Wirksamkeit des Übertragungsgeschäftes gerade mit dem Schutze des Erwerbers begründet, das ändert jedoch nichts daran, daß dieser u.U. nur eine "ausgehöhlte" Beteiligung erworben hat, die um die höchstpersönlichen Rechte und Pflichten seines Vorgängers reduziert ist. Gegen den dauernden Verbleib des Erwerbers in der Gesellschaft könnten auch berechtigte Interessen der Mitgesellschafter sprechen. Eine Lösung, bei der sowohl die Interessen des Neugesellschafters als auch die der Mitgesellschafter angemessen berücksichtigt werden, sieht möglicherweise so aus, daß der Neugesellschafter gegen Erstattung seiner Einlage von seiten der Gesellschaft aus der GmbH aus wichtigem Grund wieder ausgeschlossen werden kann. Gegenüber dem Fall der Unwirksamkeit des dinglichen Übertragungsgeschäftes ist der Erwerber dann insoweit besser gestellt, als die Gesellschaft ihm seinen Anteil zu erstatten hat und er nicht nur auf Schadensersatzsprüche gegen den Veräußerer angewiesen ist.

Im folgenden wenden wir uns zunächst dem Innenverhältnis der Gesellschafter zu. Es geht darum zu

entscheiden, ob ein Gesellschafter einer personalistischen GmbH im Innenverhältnis gegenüber seinen Mitgesellschaftern seine Beteiligung an einen Fremden übertragen darf bzw. unter welchen Umständen ihm eine Übertragung untersagt ist; ferner, welche Auswirkung eine wirksame Übertragung des GmbH-Anteils auf die KG-Stellung des Veräußerer-Gesellschafters in der GmbH & Co KG hat.

Im Anschluß daran wird die Stellung des Anteilserwerbers abschließend unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Ausschlusses aus der GmbH behandelt.

2. Die Pflicht, von der Abtretungsbefugnis in der GmbH keinen Gebrauch zu machen

Die Pflicht, von dem satzungsmäßigen freien Abtretungsrecht in der GmbH keinen Gebrauch zu machen, könnte sich aus dem personalistischen Zuschnitt der GmbH & Co KG herleiten lassen.

a) Bedeutung des personalistischen Zuschnitts der Gesellschaft

Der personalistische Zuschnitt einer Gesellschaft kann sich in einzelnen Strukturelementen einer Personengesellschaft äußern. Bei einer GmbH & Co KG muß von vornherein die persönliche Haftung als personalistisches Merkmal entfallen, da keiner der Beteiligten persönlich haftet.

Personalistisch kann die GmbH & Co KG in folgenden typischen Punkten sein, die ohne Rück-

sicht auf logischen Zusammenhang und Überschneidungen aufgeführt werden:[1]

(aa) Identität[2] von Gründer und Gesellschafter

Die Tatsache, daß die Gründer eines Verbandes auch dessen spätere Gesellschafter sind, kennzeichnet eine Personengesellschaft; damit besteht eine auf die Ziele und Zwecke konkreter Individuen ausgerichtete Gemeinschaft - während sich eine Körperschaft durch eine unbestimmte laufend wechselnde Vielzahl von Mitgliedern auszeichnet.[3]

(bb) Geringe Zahl der Gesellschafter

Die geringe Zahl der Gesellschafter ist ein weiteres Indiz für die personelle Geschlossenheit eines Verbandes. In der Regel sinkt der Einfluß des einzelnen Gesellschafters mit der Zahl der Mitglieder. Der Sachzwang, unter dem die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft steht, setzt den Konnex zwischen Gesellschafterzahl und Gesellschafterautonomie. Je größer die Zahl der Gesellschafter, umso größer die Bedeutung organisatorischer Zuständigkeiten, umso geringer die individuelle

---

1) Nach Fischer kann sich die personalistische Struktur aus der Anzahl der Gesellschafter, ihren persönlichen Beziehungen, aus besonders eingeräumten Rechten und Pflichten ergeben, GmbHR 1953, S. 131; zum folgenden vgl. insbesondere Martens, S. 145 ff

2) Diese Ausführungen beziehen sich nicht auf das Problem der Vorgesellschaft. Es soll damit keine Aussage über das Verhältnis von Gründungsverband und anschließender Gesellschaftsform gemacht werden. Zur Vorgesellschaft vgl. Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, 63 ff; Bilcher, Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft, JuS 1966, 89 f; Kuhn, Die Vorgesellschaft, WM 56, Sonderbeilage Nr. 5, S. 3; grundlegend BGHZ 21, 242

3) Martens, S. 146 f

individuelle Einflußmöglichkeit, umso geringer auch die Verbundenheit der einzelnen Gesellschafter. Jede Gesellschaftsform kann lediglich einen bestimmten Umfang an Rechtsmacht auf die Mitglieder delegieren, wenn die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft gewahrt bleiben soll. Besteht die Gesellschaft aus einer geringen Zahl von Mitgliedern, so sind deren Rechte - gemessen an der delegierten Organisationsgewalt - sehr erheblich. Jeder neu eintretende Gesellschafter zersplittert den zur Verfügung stehenden Rechtsbereich, bis endlich jeder Gesellschafter zum unbedeutenden einflußlosen "Aktionär" herabsinkt.[1)]

(cc) Die Selbstorganschaft

Die Geschlossenheit einer Gesellschaft offenbart sich darin, daß sie von Personen geleitet und gestaltet wird, die der Personengemeinschaft angehören und deshalb mit den anderen Gesellschaftern durch korrespondierende Rechte und Pflichten verbunden sind.

(dd) Die tätige Mitarbeit

Eng verbunden mit der Selbstorganschaft ist das Merkmal der tätigen Mitarbeit innerhalb der Gesellschaft, wenn also die Gesellschafter zugleich eine Arbeitsgemeinschaft bilden. Dadurch daß die Gesellschafter die Gesellschaft als ihre Arbeits- und Erwerbsstätte betrachten, entsteht eine intensive Interessenverflechtung untereinander.

(ee) Gewicht des einzelnen Gesellschafters bzw. der Gesellschafterversammlung

Die Bedeutung des einzelnen Gesellschafters kann auch dadurch zum Ausdruck kommen, daß der Gesellschafterversammlung ein umfangreicher Kompetenzbereich in Angelegenheiten der Geschäftsführung zugewiesen ist, so daß alle wesentlichen Geschäfte ihrer Zustimmung bedürfen. Wird die Gesellschafterversammlung unmittelbar zum zentralen, die bedeutenden Fragen der Gesellschaft entscheidenden Gremium, dann kommt jedem einzelnen Gesellschafter eine besondere Verantwortung für die Geschicke der Gesellschaft zu.

---

1) Martens, S. 150 f

Dies ist nur dann sinnvoll, wenn jedes Mitglied einer engen Bindung gegenüber seinen Partnern unterliegt.[1)]

(ff) Die außergesellschaftliche Verbundenheit der Gesellschafter

Die personalistische Struktur einer Gesellschaft kann sich auch darin äußern, daß die Gesellschaft anknüpft an ein vorgegebenes Gemeinschaftsverhältnis oder an eine wirtschaftlich gleichartige Stellung. Diese nicht erst durch den Gesellschaftsverband begründete Interessenverflechtung gibt der Gesellschaft eine solche Geschlossenheit und macht sie in solchem Umfang abhängig von dem konkreten Personenstand, daß man von einem abstrakten Wirtschaftsverband mit auswechselbaren Personen nicht sprechen kann.

Die personalistischen Strukturelemente, die in Einzelfällen noch erweiterungsfähig sind, variieren jeweils unter einem anderen Gesichtspunkt das Wesen eines personalistischen Verbandes als einer Ordnung, die auf bestimmte Personen zugeschnitten ist und die von diesen Personen selbstverantwortlich gestaltet wird.[2)]

Ist eine GmbH & Co KG im Sinne der dargestellten Punkte wesentlich auf einige wenige Personen zugeschnitten, dann widerspricht die Auswechslung einer Person, d.h. die Abtretung eines GmbH-Anteiles an einen Dritten der Interessenlage, den Vorstellungen der übrigen Gesellschafter, wie sie in der Struktur des Verbandes zum Ausdruck kommen. Tritt ein Gesellschafter seine Mitglied-

---

1) Martens, S. 148

2) Martens, S. 151

schaft ab, so tritt ein Außenseiter in die Gesellschaft ein, zu dem die Mitgesellschafter nicht die gleiche persönliche Beziehung und das gleiche persönliche Vertrauen haben. Damit ist dem Gemeinschaftsverhältnis in einem entscheidenden Punkt der Boden entzogen.

Die freie Abtretbarkeit des GmbH-Anteils stellt also aufgrund der völlig anderen Interessenlage - der Gesetzgeber ging von einer körperschaftlichen Struktur der GmbH aus - in der personalistischen GmbH & Co KG keine richtige, den Interessen der Beteiligten entsprechende Regelung dar. Berücksichtigt man, daß die Gesellschafter in einer personalistischen Gesellschaft zu einer besonderen Treue gegenüber der Gesellschaft verpflichtet sind - im einzelnen wurde schon darauf hingewiesen, daß auch positive Leistungspflichten entstehen können[1] -, dann ist auch ohne ausdrückliche satzungsmäßige Bestimmung davon auszugehen, daß die Gesellschafter untereinander gehalten sind - da eine Abtretbarkeit im Außenverhältnis ausscheidet[2] -, von dem ihnen zustehenden Abtretungsrecht keinen Gebrauch zu machen.

Die Ausführungen dieses Abschnitts beziehen sich auf die personalistische GmbH - sowohl als Einzel-GmbH als auch als Komplementär-GmbH einer personalistischen GmbH & Co KG. Für die Komplementär-GmbH lassen sich die Argumente dafür, daß die Gesellschafter ihre Beteiligung an der GmbH nicht übertragen dürfen, unter dem Gesichtspunkt der

1) Vgl. oben S. 44 ff

2) Vgl. oben S.13o ff

"Funktionseinheit" von GmbH und KG noch verstärken.

b) Bedeutung der Funktionseinheit

Die freie Abtretbarkeit ist mit den Interessen der Gesellschafter einer personalistischen identischen GmbH & Co KG nicht vereinbar, da die in einer identischen GmbH & Co KG verkörperte Verfassung mit einer bestimmten Funktionsaufteilung, bestimmten Machtverhältnissen verschoben wird, wenn ein Dritter in die GmbH eintritt.[1] Eine solche grundsätzliche Änderung kann in einer normalen Gesellschaft nur durch Änderung des Gesellschaftsvertrages mit besonderen Mehrheiten herbeigeführt werden, nicht aber als Nebenfolge einer Anteilsabtretung "von selbst" zu einem vom Standpunkt der Gesellschaft aus willkürlichen Zeitpunkt eintreten.

Der Grund für die Veränderung der Verfassung der GmbH & Co KG liegt darin, daß zwischen KG und GmbH die Funktionen einer einheitlichen Gesellschaft aufgeteilt sind, so daß die einzelne Beteiligung an der KG oder GmbH wirtschaftlich noch keine volle Gesellschafterposition ergibt. Jeder Anteil benötigt vielmehr der Ergänzung

---

1) Vgl. zum folgenden auch die Ausführungen von Treeck zur Doppelgesellschaft. Das durch Zweckverknüpfung und Funktionseinheit gekennzeichnete Abhängigkeitsverhältnis von Grund- und Organgesellschaft weise eine Typizität auf, Treeck, S. 121 ff. Das gleiche gilt entsprechend für die GmbH & Co KG. Die Typizität ermöglicht es, Lösungen für die Kollisionsfälle vorzuschlagen.

durch den anderen. In einer regelmäßigen KG stellt die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters eine eigene Gesellschaftsposition dar, die von der der Kommanditisten getrennt ist. Kommanditist und Komplementär sind verschiedene Personen. Dem persönlich haftenden Gesellschafter obliegt die Geschäftsführung; die im Rahmen der Geschäftsführung erforderlichen Entscheidungsvorgänge spielen sich - soweit im Gesellschaftsvertrag nicht etwas Besonderes vorgesehen ist - "in seiner Person" ab. Anders ist es bei der identischen GmbH & Co KG: Komplementär ist nicht eine andere Person, sondern sind die Kommanditisten selbst - zusammengeschlossen in einer GmbH. Daraus ergibt sich, daß die Position der geschäftsführenden GmbH nur im Zusammenhang mit der KG gesehen werden kann. Sie findet ihren Sinn im Rahmen der KG, übt nur eine dienende Funktion aus und verfolgt keine Zwecke, die über die der KG bzw. die Geschäftsführung der KG hinausgehen. Die GmbH ist, da sie nur ein Zusammenschluß von Personen ist, die persönlich als Kommanditisten Gesellschafter der KG sind, all der Bereiche enthoben, die schon mit der Stellung der Kommanditisten verbunden sind. Sie ist beschränkt auf die Stellung des Geschäftsführers, während z.B. wesentliche Fragen wie die nach dem Zweck des Zusammenschlusses, nach Rechten und Pflichten der Gesellschafter und der Verteilung des Geschäftsrisikos

in der KG geregelt sind.[1] Die sich erst aus dem Zusammenspiel von KG und GmbH ergebende Verfassung der GmbH & Co KG wird objektiv dadurch geändert, daß ein Gesellschafter seinen GmbH-Anteil abtritt und weiterhin Kommanditist bleibt. Denn erwirbt ein Dritter allein die GmbH-Beteiligung, ist die praktische Folge die, daß er die Geschäftsführung der KG beeinflussen kann, ohne daß ihn die Folgen der Geschäftsführung wie die übrigen Gesellschafter haftungsmäßig in der KG treffen, während andererseits der Gesellschafter, der seine GmbH-Stellung übertragen hat, ohne jeden Einfluß auf die Geschäftsführung ist, dennoch aber als Kommanditist davon betroffen wird.

Zusätzliche äußere Anhaltspunkte dafür, daß GmbH und KG in einer einheitlichen Verfassung integriert sind, ergeben sich im Einzelfall regelmäßig daraus, daß die Gesellschafter den Gesellschaftszweck der GmbH ausdrücklich auf die Geschäftsführung der KG beschränken oder daß GmbH und KG zur gleichen Zeit aufgrund derselben Verhandlungen gegründet werden und - das würde das vorangegangene Argument verstärken - daß die Beteiligten im Rahmen der Vorverhandlungen zunächst nur die Gründung einer KG oder GmbH oder OHG vorsehen, dann aus steuerlichen oder allgemeinen wirtschaftlichen Gründen anstelle dieser "normalen" Gesellschaftsformen eine GmbH & Co KG wählen.

---

1) Die Verteilung der Funktionen ist ähnlich bei der Doppelgesellschaft, vgl. Treeck, S. 121

Im Hinblick auf die Doppelgesellschaft ist die Meinung geäußert worden, wer eine atypische Gesellschaftsform wähle, die vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sei, müsse selbst das mit der schwierigen rechtlichen Konstruktion verbundene Risiko in vollem Umfang tragen.[1] Es könne nicht Aufgabe der Rechtsprechung sein, dieses Risiko den Beteiligten durch eine großzügige Handhabung von Generalklauseln - Fortbildung des dispositiven Rechts bzw. ergänzende Vertragsauslegung - abzunehmen. Danach wäre es Aufgabe der Gesellschafter der GmbH & Co KG, alle möglichen Widersprüche zwischen GmbH- und KG-Recht vorherzusehen und durch vertragliche Gestaltung zu vermeiden.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, hinter dieser Ansicht stehe der Gedanke einer Art Bestrafung für die Wahl einer atypischen Gesellschaftsform. Eine GmbH & Co KG-feindliche Einstellung ist jedoch heute wirklichkeitsfremd und schädlich für die wirtschaftliche Entwicklung. Die GmbH & Co KG ist inzwischen weit verbreitet und entspricht einem berechtigten Bedürfnis der Wirtschaft nach Flexibilität der Gesellschaftsformen. Es wäre nicht sinnvoll, wenn man wie allgemein üblich grundsätzlich die Zulässigkeit einer GmbH & Co KG bejaht,[2] in der praktischen Auswirkung sich jedoch GmbH & Co KG-feindlich verhielte. Bei der Behandlung der GmbH & Co KG durch die Rechtsprechung muß die Funktionsfähigkeit des sozialen Gebildes im Vordergrund stehen. Es darf

---

1) Jacobshagen, S. 79; Loewenberg, ZHR 89, 342 ff

2) Vgl. oben S. 8 ff

nicht dazu kommen, daß Streitereien unter den Gesellschaftern entstehen, bei denen Einzelinteressen eines Gesellschafters die GmbH & Co KG ständig der Gefahr innerer Zerwürfnisse oder Auflösung aussetzen. Wollte man nicht grundsätzlich die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG in den Vordergrund stellen, dann hätte das zur Folge, daß bei einem Streit der Gesellschafter untereinander der einzelne die mangelnde vertragliche Gestaltung für sich ausnutzen könnte, und zwar indem er der Gesellschaft einen unliebsamen Dritten aufdrängen würde oder sie funktionsuntüchtig machen könnte und damit praktisch eine vertraglich nicht vorgesehene Auflösung den einzigen Ausweg bieten würde.

Es bleibt also dabei, daß in Anerkennung der GmbH & Co KG als wirtschaftliche Realität die Gesellschafter die Pflicht trifft, von ihrem Übertragungsrecht in der GmbH nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter Gebrauch zu machen.

Da diese Verpflichtung die Wirksamkeit einer gleichwohl erfolgten Abtretung unberührt läßt,[1)] stellt sich die Frage nach den rechtlichen Folgen einer pflichtwidrigen Abtretung.

3. Rechtliche Folgen einer pflichtwidrigen Abtretung

a) Anspruch auf Rückerwerb der Beteiligung

Tritt ein Gesellschafter unter Verletzung der ihm im Innenverhältnis obliegenden Pflicht seinen GmbH-Anteil ab, so steht den Mitgesellschaftern ein Schadensersatzanspruch gegen ihn zu, der auf Wiederherstellung der Identität gerichtet ist. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution muß er den Zustand her-

---

1) Vgl. dazu oben S.13o ff

stellen, der vor der Abtretung bestand. Er muß sich also darum bemühen, seinen Anteil zurückzuerwerben. In der Praxis dürfte aber ein solcher Anspruch der Mitgesellschafter gegen den Veräußerer regelmäßig keinen großen Wert haben, da der Erwerber kaum freiwillig bereit sein wird, den Anteil zurückzuübertragen.

Vom Standpunkt der Mitgesellschafter aus würde ein geeigneter Weg zur Wiederherstellung der Identität darin bestehen, daß sie sowohl den Neugesellschafter aus der GmbH als auch den Veräußerer-Gesellschafter aus der KG ausschlössen.

b) Ausschluß des Neugesellschafters aus der GmbH

Der Gesetzgeber hat im GmbH-Gesetz den Ausschluß eines Gesellschafters nicht vorgesehen. Zwar enthält das GmbH-Gesetz einige Vorschriften, die sich auf das Ausscheiden eines Gesellschafters beziehen, doch sind diese nicht geeignet, den Ausschluß eines Gesellschafters gegen dessen Willen herbeizuführen.[1] Die gesetzliche Regelung ist folgerichtig auf der Grundlage der Vorstellung von der kapitalistischen Ausrichtung der GmbH. Erschöpft sich eine Beteiligung in der Kapitalhingabe, dann kann es für einen Ausschluß eines Beteiligten wegen in seiner Person liegender Gründe keinen Raum geben. Dieser Gedanke trifft bei einer GmbH, die wenige Gesellschafter aufgrund persönlichen Vertrauens zueinander gegründet haben, nicht zu. Rechtsprechung und Lehre sind sich deshalb darüber einig, daß ein Ausschluß aus einer GmbH dann möglich sein muß, wenn die Person eines Beteiligten

1) Gonella, Verwertungsmöglichkeiten, S. 1 ff

für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung ist, die Gesellschaft also personalistische Prägung aufweist.[1] Danach bestehen an der Zulässigkeit einer Ausschlußklage gegen den Neugesellschafter keine Bedenken, da hier nur die personalistische GmbH & Co KG behandelt wird.

Das Verfahren der Ausschließung ist nicht problemlos. Es ist im Rahmen der GmbH von besonderer Wichtigkeit, da der ausgeschlossene Gesellschafter im Gegensatz zum Recht der OHG (§§ 140, 142 HGB) mit Rechtskraft des Ausschlußurteils weder einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen die Mitgesellschafter erhält noch sich an das Vermögen der Gesellschaft halten kann.[2] Deshalb hat der BGH in seiner bekannten Entscheidung[3] die Wirksamkeit des Ausschlusses an die Bedingung geknüpft, daß der betroffene Gesellschafter binnen einer für den Einzelfall angemessen festzusetzenden Frist den im Urteil bestimmten Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält. Der Eintritt der formellen Rechtskraft des Ausschlußurteils wirkt sich damit noch nicht auf die Gesellschafterstellung aus, der "ausgeschlossene" Gesellschafter bleibt zunächst Mitglied der GmbH bis sein Anteil verwertet ist (durch Übertragung an einen Dritten oder an die Mitgesellschafter) und er den vollen Gegenwert erhält.[4] Im Ergebnis ist damit sichergestellt, daß ein

---

1) Scholz, Ausschließung, mit ausführlicher Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Frage, S. 10 ff; Vogel, Kommentar, § 34 Anm. 5; Hachenburg-Schilling, § 34 Anm. 18; Schilling, JZ 1955, S. 331; Hueck, DB 1951, S. 108; Gonella, S. 3 m.w.N.; RGZ 169, S. 330; BGH BB 1955, S. 270; BGHZ 9, S. 157 - a.A. noch Masur, NJW 1949, S. 407; inwieweit ein Ausschluß aus wichtigem Grund auch bei der kapitalistisch ausgestalteten GmbH, bei der die Kapitalbeteiligung im Vordergrund steht, in Betracht kommen kann, wird vom Einzelfall abhängen, Gonella, S. 3; Hachenburg-Schmidt, § 34 Anm. 18

2) Im einzelnen vgl. Gonella, Verwertungsmöglichkeiten, S. 7

3) BGHZ 9, 157 ff

4) Vgl. Gonella, Verwertungsmöglichkeiten, S. 7

Gesellschafter aus der GmbH nur gegen Auszahlung seines Anteils ausgeschlossen werden kann. [1)]

Es stellt sich die Frage, ob die übrigen Gesellschafter den Neugesellschafter aus der GmbH ausschließen können, d.h. ob materiell ein zum Ausschluß berechtigender wichtiger Grund vorliegt. Zwar hat der Neugesellschafter die GmbH-Position dinglich wirksam erworben, es könnte ihm jedoch der in der Übertragung liegende Pflichtverstoß seines Vorgängers zugerechnet werden.

Oben wurde ausgeführt, der Erwerb der GmbH-Position durch einen Dritten sei wirksam, auch wenn der Veräußerer im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern zur Übertragung nicht berechtigt war. Der Grund wurde darin gesehen, daß ein Dritter auf den notariellen Gesellschaftsvertrag und die gesetzliche Regelung müsse vertrauen können; sei die Unabtretbarkeit nicht ausdrücklich angeordnet in der Satzung, so werde die Aussagekraft einer notariellen Satzung untergraben, wollte man den Anteil gleichwohl als unabtretbar mit dinglicher Wirkung ansehen. Deshalb, so könnte man folgern, sei dem Dritten auch kein Pflichtverstoß seines Vorgängers, der in der Abtretung als solcher liege, zuzurechnen. Andernfalls würde man den bezüglich der Abtretung auf der dinglichen Ebene geforderten Schutz des Erwerbers auf der schuldrechtlichen wieder zunichte machen.

Ob diese Folgerung richtig ist, ist anhand der allgemeinen rechtlichen Beurteilung des Erwerbs eines

---

1) Das vom BGH vorgeschlagene Verfahren ist nicht unbestritten, vgl. Gonella, S. 8 f. Über das Ergebnis, daß dem "ausgeschlossenen" Gesellschafter sein Anteil ausgezahlt werden muß, besteht jedoch kein Streit.

GmbH-Anteils und des insoweit geltenden Schutzes des Erwerbers zu entscheiden.

(1) Kein Schutz des guten Glaubens

Bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen gibt es nach heutigem Recht keinen "Gutglaubensschutz", auch nicht bei formgerechter Abtretung gem. § 15 III GmbH-Gesetz.

§§ 932, 936 BGB und 366 HGB gelten nur für bewegliche Sachen, nicht für Mitgliedschaftsrechte wie sie im GmbH-Geschäftsanteil verkörpert werden.[1] Die Vorschrift des § 405 BGB ist auf GmbH-Geschäftsanteile nicht anwendbar, selbst wenn ein Anteilsschein von der GmbH ausgestellt worden ist.[2] Bei der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen kommt es allein auf die tatsächliche Verfügungsbefugnis des Veräußerers an. Auch wird der gute Glaube an die Lastenfreiheit des Geschäftsanteiles nicht geschützt. Schließlich hat weder die Anmeldung der Abtretung nach § 16 GmbH-Gesetz rechtliche Bedeutung für einen späteren Erwerber des Anteils noch kann dieser sich auf die Gesellschafterliste, die jährlich von den Geschäftsführern der GmbH nach § 40 GmbH-Gesetz zum Handelsregister einzureichen ist, berufen.[3]

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 55 GmbH-Gesetz, wonach bei der Übernahme eines GmbH-Anteils Nebenpflichten in die Urkunde mit aufgenommen sein müssen. Darin liegt nicht ein allgemeiner Schutz für den Erwerber derart, daß er bei Nichtaufnahme einer Verpflichtung diese nicht gegen sich gelten zu lassen brauchte.

(2) Bindung durch eine noch nicht eingetragene Satzungsänderung

Erwirbt ein Dritter einen GmbH-Anteil, so muß er

---

1) Scholz, Kommentar, § 15 Anm. 57; Hachenburg-Schilling, Kommentar, § 15 Anm. 70

2) Scholz, Kommentar, § 15 Anm. 57; Hachenburg-Schilling, Kommentar, § 15 Anm. 71

3) Baumbach-Hueck, § 40 Anm. B; Hachenburg-Schilling, § 40 Anm. 10, 11

- wie allgemein anerkannt wird [1] - eine Satzungsänderung, die beschlossen, aber noch nicht eingetragen ist, gegen sich gelten lassen. Das erscheint auf den ersten Blick verwunderlich, da nach § 54 GmbHG eine Satzungsänderung der Eintragung bedarf. Formell wird eine Satzungsänderung erst wirksam mit ihrer Eintragung, gleichwohl bindet trotz des Wortlauts des § 54 III GmbHG auch vor der Eintragung eine beschlossene Satzungsänderung die Gesellschafter untereinander. Ein Dritter muß, soweit er eine GmbH-Beteiligung im Wege der Abtretung erwirbt, die gleiche Bindung, die den Altgesellschafter trifft, gegen sich gelten lassen. Er kann sich nur wegen evtl. Schadensersatzansprüche an den Veräußerer halten.

Ausdrücklich wird eine Begründung in der Literatur für diese Ansicht nicht gegeben. Sie ergibt sich wohl daraus, daß bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen grundsätzlich nach heutigem Recht kein Gut-Glaubensschutz besteht.[2]

(3) Kein Erwerb von höchstpersönlichen Rechten

Höchstpersönliche Rechte und Pflichten erwirbt ein Dritter in keinem Fall - auch dann nicht, wenn sie in der Satzung vereinbart sind und er insoweit gutgläubig ist. Bei Übertragung eines Geschäftsanteiles einer GmbH gehen die Nebenverpflichtungen nur mit auf den Erwerber über, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind. [3] Zu den höchstpersönlichen Rechten gehört z.B. das Recht auf Geschäftsführung.

Diese Beispiele zeigen, daß der Erwerber eines GmbH-Anteils nicht geschützt wird. Er erwirbt u.U. überhaupt keine Rechtsposition, wenn der Veräußerer nicht selbst Inhaber bzw. verfügungsbefugt gewesen ist,

---

1) Baumbach-Hueck, § 55 3); Scholz, § 54 Rdnr. 11; Hachenburg-Schilling, § 54, 5; der Schutz eines Erwerbers ist allerdings größer, wenn er im Wege einer Kapitalerhöhung einen neuen Gesellschaftsanteil erwirbt. Eine nicht eingetragene Satzungsänderung muß der Erwerber dann nur gegen sich gelten lassen, wenn er sie kannte, Scholz, § 55 Rdnr. 19

2) Vgl. S.158 zu (1)

3) Scholz, § 3, 18; Baumbach-Hueck, § 16 D; Brodmann, 5 d; RGZ 84, 76

oder er erwirbt zwar eine Rechtsposition, diese ist aber in ihrem Wert für den Erwerber durch Belastungen oder vorherige wesentliche Gesellschafterbeschlüsse vermindert, vielleicht sogar praktisch wertlos, wenn sie entscheidend von höchstpersönlichen Rechten und Pflichten, die anläßlich der Übertragung erloschen sind, bestimmt wird.

Auch wenn zunächst oben die dingliche Wirksamkeit der Anteilsübertragung mit dem Schutz des Erwerbers[1] begründet wurde, so wäre es also nicht von vornherein dem System des GmbH-Rechts völlig fremd, wenn dem Erwerber mögliche Pflichtverstöße seines Vorgängers zugerechnet werden, aufgrund derer er dann aus der Gesellschaft möglicherweise auszuschließen ist, da der Erwerber eines GmbH-Anteils vom Gesetzgeber nicht besonders geschützt wird und er sich auch in anderen Fällen das Verhalten seines Vorgängers, dessen Bindungen zurechnen lassen muß.

Unter Abwägung der Interessen der Mitgesellschafter, des Neugesellschafters und des Veräußerergesellschafters bietet der Ausschluß des Neugesellschafters aus der GmbH aus wichtigem Grund eine interessengerechte Lösung. Es wurde schon dargestellt, daß der Neugesellschafter die personalistische Grundlage der GmbH & Co KG und die Funktionseinheit stört.[2] Darauf kann hier verwiesen werden . - Der Schutz des Neugesellschafters ist einmal aufgrund gesetzlicher Wertung nicht besonders hoch einzustufen. Zum anderen

---

1) Aufgrund schematisierter Betrachtung des Formzwecks der notariellen Form, vgl. oben S. 124 f

2) Vgl. oben S. 145 ff, 150 ff

ist er auch dadurch ausreichend geschützt, daß ein Ausschluß unmittelbar von der Rückzahlung der Einlage abhängig ist.[1] Der Neugesellschafter läuft also nicht Gefahr, seine Gesellschafterposition zu verlieren, ohne von der Gesellschaft seine Einlage erhalten zu haben. Insofern liegt auch durchaus für ihn ein Sinn darin, daß das dingliche Übertragungsgeschäft als wirksam angesehen, gleichzeitig aber die Möglichkeit eines Ausschlusses eröffnet wird. Im übrigen ist es vertretbar, ihn wegen möglicher Schadensersatzansprüche an den Veräußerergesellschafter zu verweisen, der wissen mußte, daß in einer personalistischen identischen GmbH & Co KG eine Abtretung der GmbH-Beteiligung dem Sinn und Zweck der Gesellschaft und den Interessen der Mitgesellschafter widerspricht.

c) Rechtliche Behandlung des Veräußerers

Mit dem Ausschluß des Neugesellschafters aus der GmbH ist zwar der alte personelle Bestand wiederhergestellt, nicht jedoch die Gesellschafteridentität und die damit in Zusammenhang stehende ursprüngliche Verfassung der GmbH & Co KG, da der Veräußerer weiterhin Mitglied der Kommanditgesellschaft ist, ohne Gesellschafter der GmbH zu sein.

Man könnte daran denken, den Veräußerer aus der KG auszuschließen, ihn in die GmbH wieder aufzunehmen oder es dabei zu belassen, daß er allein Mitglied in der KG ist.

Der Ausschluß eines Gesellschafters kann immer nur

---

1) Vgl. oben S. 156

den letzten Ausweg darstellen, wenn keine andere Lösung tragbar ist. Zunächst ist ein weniger einschneidendes Mittel in Form einer Anpassung der Verträge zu erwägen. Eine Entscheidung läßt sich nur im Einzelfall treffen, hier kann es nur darauf ankommen, einige Gesichtspunkte aufzuzeigen, die im Einzelfall eine Rolle spielen können.

Der Verbleib des Veräußerers in der KG kann für ihn selbst untragbar sein, wenn er damit wirtschaftlich in der GmbH & Co KG zum völlig einflußlosen Geldgeber der Mitgesellschafter wird. Das wäre der Fall, wenn die wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Rechte im Rahmen der GmbH verankert wären. [1] Die Unzumutbarkeit würde noch verstärkt, wenn der Veräußerer finanziell stärker an der Gesellschaft beteiligt ist als seine Mitgesellschafter. Hier könnte es geboten sein, dem Veräußerer, nachdem er seine GmbH-Stellung und den damit verbundenen Einfluß verloren hat, den Austritt [2] aus der KG zu ermöglichen.

Die Interessenlage ist dagegen völlig anders zu beurteilen, wenn praktisch die KG-Stellung noch eine volle Gesellschafterposition beinhaltet mit Ausnahme des in dem GmbH-Anteil verkörperten Rechts und der Pflicht zur Geschäftsführung. Hier könnten die Mitgesellschafter an der weiteren (Mit-) Geschäftsführung durch den Veräußerer, der u.U. über besondere

---

1) Das ist bei der personalistischen GmbH & Co KG aber in der Regel nicht der Fall, vgl. oben S.27 f

2) Als Gegenstück zur Ausschlußklage seitens der Gesellschaft wird heute für die personalistische GmbH ein Austrittsrecht für den Gesellschafter aus wichtigem Grund bejaht, vgl. die ausführliche Darstellung von Immenga, S. 303 ff; zum Verfahren vgl. ebenfalls Immenga, S. 308 ff

Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, interessiert sein. Für sie könnte die Abtretung des GmbH-Anteils den Versuch des Veräußerers darstellen, sich von der Pflicht zur Geschäftsführung eigenmächtig zu befreien, im übrigen aber die Gesellschaftsrechte - in der Eigenschaft als Kommanditist - beizubehalten.[1] Hier könnte eine Wiederaufnahme des Veräußerers in die GmbH im Interesse der Mitgesellschafter liegen. Sollte das nicht mehr möglich sein, weil das Vertrauensverhältnis zu stark zerstört ist, dann liegt es möglicherweise im Interesse der Mitgesellschafter, den Veräußerer aus der KG auszuschließen, weil er andernfalls die Geschicke der GmbH & Co KG aus der KG heraus noch maßgeblich beeinflussen könnte. Ein Ausschluß ist im Rahmen einer KG gesetzlich vorgesehen (§§ 161 II, 140 HGB). Es muß ein wichtiger Grund vorliegen. Ob das der Fall ist, könnte nur im Einzelfall entschieden werden.

Die Beispiele zeigen, daß eine generelle Aussage über die Behandlung des Veräußerers nicht möglich ist. Eine Vielzahl von unterschiedlichen Gestaltungen im Einzelfall kann ganz unterschiedliche Lösungen erfordern; dabei kommt es u.a. darauf an, wie die Stellung der Kommanditisten ausgestaltet ist, welchen Einfluß sie auf die Geschäftsführung haben, ob der Veräußerer sich eigenmächtig seiner Verpflichtung zur Geschäftsführung hat entziehen wollen, welche Rechte der Veräußerer im Rahmen der GmbH auf die Geschäftsführung hatte, wie die kapitalmäßige Beteiligung der einzelnen Gesellschafter ist.

---

1) Diese Situation wird in der Regel dann gegeben sein, wenn die GmbH & Co KG eine "Tätigkeitsgemeinschaft" ist, vgl. dazu oben S. 26

B. Abtretung des KG-Anteils

Stoßen die gesetzlichen Regelungen der Anteilsabtretung des GmbH- und des KG-Rechts in einer GmbH & Co KG ohne Abstimmung aufeinander, so kann nur der unter A. behandelte Kollisionsfall der Abtretung des GmbH-Anteils auftreten, da eine Kommanditbeteiligung kraft Gesetzes nur mit Zustimmung aller Gesellschafter übertragen werden kann. Stimmen die Mitgesellschafter der Anteilsübertragung in der KG selbst zu, so besteht keine Veranlassung, von einer Störung der personalistischen Grundlage oder der Funktionseinheit zu sprechen.

Eine Kollision kann jedoch auftreten, wenn die Gesellschafter in der KG entsprechend der GmbH-Regelung eine freie Abtretbarkeit der Beteiligung vereinbaren, beide Regelungen jedoch nicht miteinander derart "verzahnen", daß von den beiden Abtretungsrechten nur einheitlich Gebrauch gemacht werden kann. Hier könnte es geschehen, daß ein Gesellschafter seine Beteiligungen an verschiedene Personen abtritt bzw. daß er allein den KG-Anteil abtritt und weiterhin GmbH-Gesellschafter bleibt.

In der Regel werden Gesellschafter eines personalistischen Verbandes eine freie Anteilsabtretung nicht vereinbaren, da die Auswechslung von Mitgliedern dem Zuschnitt einer personalistischen Gesellschaft widerspricht. Eine derartige Vereinbarung könnte jedoch einmal in der Form auftreten, daß in beiden (Teil-) Gesellschaften freie Abtretbarkeit an bestimmte Personengruppen gestattet ist, wie z.B. an Familien-

mitglieder, Branchenmitglieder oder bestimmte fachkundige Personen. Hier kann die Frage auftreten, welche Rechte die Mitgesellschafter haben, wenn aufgrund einer Abtretung in KG und GmbH bzw. nur in der KG verschiedene Gesellschafter in den Teilgesellschaften auftreten.

Es kommt auch hier ein Ausschluß aus wichtigem Grund in Betracht - des einen Gesellschafters aus der KG, des anderen aus der GmbH.

Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Abtretung des GmbH-Anteils verwiesen werden. Eine Entscheidung kann auch hier nur im Einzelfall getroffen werden. Die Gesichtspunkte, die eine Rolle spielen können, wurden oben schon erörtert.[1)]

## C. Pfändung und Verpfändung

Gefahren für die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG können auch durch die unterschiedliche Regelung der Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen in KG und GmbH entstehen.

### I. Verpfändung des KG-Anteils

Da die Verpfändung eines KG-Anteils wie dessen rechtsgeschäftliche Übertragung nur mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist (§§ 1274 II BGB, 719 BGB, 105, 161 II HGB), haben die Mitgesellschafter es in der Hand, die Genehmigung der Verpfändung mit Rücksicht auf die besonderen Gefahren für die GmbH & Co KG zu verweigern oder nur einer gemeinsamen Verpfändung von GmbH- und KG-Anteil zuzustimmen.

1) Vgl. oben S. 155

Wird die Zustimmung nicht erteilt, so ist eine dennoch vorgenommene Verpfändung des KG-Anteils unwirksam, der Mitgliederbestand bleibt dann in GmbH und KG unberührt.

II. Pfändung des KG-Anteils

Die Pfändung eines Anteiles an einer Personengesellschaft ist im Gesetz ausdrücklich gestattet. Erfolgt sie, so steht dem Pfändungspfandgläubiger unter den besonderen Voraussetzungen des § 135 HGB das Recht zu, die Gesellschaft zu kündigen, während die Mitgesellschafter die daran anschließende Auflösung der Gesellschaft dadurch abwenden können, daß sie den Schuldner-Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschließen (§ 141 HGB).

Diese gesetzliche Regelung führt in einer GmbH & Co KG nicht zu schwer lösbaren Kollisionsproblemen. Denn die Verwertung des Gesellschaftsanteils besteht nicht in der Übertragung an einen Dritten, wie z.B. bei einer GmbH, so daß die Gefahr des Eintritts eines Außenseiters entfällt. Kommt es zur Auflösung der KG, weil die Mitgesellschafter von ihrer Befugnis i.S. des § 141 HGB keinen Gebrauch machen, so ist damit auch ein Urteil über die Existenz der GmbH gesprochen. Ohne KG kann sie ihren Gesellschaftszweck, Komplementärin der KG zu sein und deren Geschäfte zu führen, nicht erreichen. Für diesen Fall bietet das GmbH-Gesetz die Möglichkeit einer Auflösung durch Urteil (§ 61 GmbHG). Auch wenn die Satzung der GmbH den Gesellschaftszweck nicht ausdrücklich auf die Übernahme der Komplementärstellung fixiert hat, so

wird doch die Auslegung der Umstände, die bei der Gründung der identischen GmbH & Co KG den Beteiligten bekannt waren, zu einem derartigen Ergebnis führen.

Machen die Mitgesellschafter von dem Ausschlußrecht des § 141 HGB Gebrauch, so wird dadurch die Gesellschafterzahl in der KG vermindert, während der Schuldner-Gesellschafter zunächst weiterhin Mitglied der GmbH ist. Damit ist die Gesellschafteridentität in der GmbH & Co KG zerstört. In der Regel ist es so, daß die alleinige Mitgliedschaft in der GmbH entweder für den Gesellschafter selbst oder die Mitgesellschafter unzumutbar ist. Der Grund liegt darin, daß GmbH- und KG-Beteiligung von vornherein als eine Einheit konzipiert sind. [1] Aus dem Zusammenspiel von GmbH- und KG-Gesellschafterposition ergibt sich die einheitliche Verfassung der GmbH & Co KG. Aus der Sicht des Gesellschafters kann der Verbleib in der GmbH untragbar sein, wenn die Stellung als GmbH-Gesellschafter im wesentlichen nur Pflichten beinhaltet, während die Rechte (z.B. Vergütung in Form von Gewinnanteilen) an die Kommanditisten-Stellung geknüpft sind. Anders ist es, wenn der Gesellschafter über seine GmbH-Stellung im wesentlichen nur die Möglichkeit hat, die Geschäftsführung - die den anderen Gesellschaftern oder Dritten obliegt - zu beeinflussen. Daß jemand in die Geschäftsführung "hineinredet", der nicht selbst als Kommanditist das Risiko der Gesellschaft trägt, kann aus der Sicht der Mitgesellschafter nicht erwünscht sein. [2]

Im ersten Fall hat der Gesellschafter grundsätzlich die

---

1) Vgl. oben S. 160 unter Hinweis auf S. 145 ff, 15o ff

2) Vgl. oben S. 161 ff

Möglichkeit, aus der GmbH aus wichtigem Grund auszutreten, im zweiten Fall können die Mitgesellschafter ihn aus wichtigem Grund ausschließen. Es gelten die obigen Ausführungen entsprechend.[1]

III. Verpfändung des GmbH-Anteils

Ein GmbH-Anteil ist im Unterschied zur KG-Beteiligung entsprechend seiner freien Abtretbarkeit auch frei verpfändbar. Das Pfandrecht wird verwertet, indem es an einen Dritten veräußert wird. Daraus entstehen ähnliche Gefahren für die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG wie im Falle der Abtretung, da die Mitgliederidentität durch die Verwertung betroffen ist.

1. Rechtslage vor Verwertung

Vor der Verwertung, also allein durch Bestehen des Pfandrechts am GmbH-Anteil wird die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG noch nicht unmittelbar beeinträchtigt: der Verpfänder behält seine Gesellschafterstellung;[2] die Mitgliedschaftsrechte stehen weiterhin ihm, nicht dem Pfandgläubiger zu. Soweit er im Innenverhältnis zur Rücksichtnahme gegenüber dem Pfandgläubiger verpflichtet ist, werden dadurch die Rechte der Mitgesellschafter nicht berührt. Auch schon zu diesem Zeitpunkt besteht allerdings eine latente Gefahr für die Mitgliederidentität, die sich im Fall der Verwertung mit dem Eintritt des Anteilserwerbers als neuem Gesellschafter aktualisiert. Dieser Eintritt

1) Vgl. oben S.161 ff

2) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 15; Scholz, GmbHG, § 15, Anm. 82

in die GmbH könnte bereits im voraus vereitelt werden, wenn den Mitgesellschaftern das Recht zusteht, den Schuldnergesellschafter schon deshalb aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, weil er seinen Anteil verpfändet und damit die Gefahr einer Verwertung heraufbeschworen hat.

Ein solcher Ausschluß scheitert nicht schon daran, daß der Anteil mit einem Recht eines Dritten belastet ist, denn die Belange des Pfandgläubigers werden durch einen Ausschluß nicht beeinträchtigt. Er verliert zwar sein Pfandrecht an dem GmbH-Anteil, da dieser mit dem Ausschluß untergeht. An die Stelle des Anteils tritt aber ein Anspruch des ausscheidenden Schuldner-Gesellschafters auf Auszahlung des Gegenwertes seines Anteils.[1] Das vertragliche Pfandrecht des Gläubigers setzt sich an dem Anspruch auf das Entgelt im Wege der Surrogation fort.[2] Das dem Pfandrecht unterliegende Sicherheitsobjekt soll den Pfandgläubiger nicht in seiner Substanz, sondern nur in seinem Wert sichern. Von dieser Zielrichtung her werden die Interessen des Pfandgläubigers nicht

---

1) Vgl. oben S. 156

2) So Fischer, GmbHR 1961, S. 22; Feine, Handbuch Bd. III 3, S. 406; Scholz, Kommentar, § 15 Anm. 73; Müller, GmbHR 1969, S. 36 - a.A. die wohl herrschende Meinung, die die Pfändung eines GmbH-Anteils als Rechtspfändung ansieht, die sich nur auf den Gesellschaftsanteil als solchen bezieht, nicht auf mögliche Ersatzansprüche. Danach führt die Einziehung eines GmbH-Anteils zu dessen Erlöschen, wodurch dann auch das Pfändungspfandrecht entfällt; vgl. Brodmann, Kommentar, § 34 Anm. 3 d; Hachenburg-Schmidt, § 34 Anm. 19 a; Baumbach-Hueck, Kommentar, § 34 Anm. 3 b

dadurch verletzt, daß an die Stelle des GmbH-Anteils ein Entgeltanspruch in Höhe des Anteilswertes tritt - im Gegenteil wird dadurch die Verwertung wesentlich vereinfacht.

Im übrigen erfordert die Antwort auf die Frage, ob der Schuldner-Gesellschafter aus wichtigem Grund aus der GmbH ausgeschlossen werden kann, eine Abwägung seiner Interessen und der seiner Mitgesellschafter. Dabei ist zunächst folgendes zu berücksichtigen: allein eine Verpfändung besagt noch nichts darüber, ob es auch später zur Verwertung kommen wird. Die rechtsgeschäftliche Bestellung eines Pfandrechts dient der Sicherung des Gläubigers. Befriedigt der Schuldner-Gesellschafter seine Gläubiger, so erhält er seine volle Gesellschafterstellung zurück. Somit wird man in den Fällen, in denen die spätere Schuldtilgung durch den Pfandschuldner außer Frage steht und eine Verwertung damit auch nicht akut werden wird, von einem in der Verpfändung liegenden Treueverstoß nicht sprechen können. Dann entfällt ein wichtiger Grund für einen Ausschluß. Etwas anderes gilt erst dann, wenn feststeht, daß der Pfandschuldner die Forderung des Gläubigers nicht befriedigen kann, die Voraussetzungen für eine Verwertung eingetreten sind und der Pfandgläubiger gewillt ist, sein Verwertungsrecht auszuüben. Durch die Verwertung wird aus der Sicht der Mitgesellschafter dieselbe Situation herbeigeführt, wie sie im Falle einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des GmbH-Anteils besteht. Die Mitgesellschafter müssen daher, wenn eine Verwertung unmittelbar bevorsteht, das Recht haben, den Schuldner-Gesellschafter aus

der GmbH auszuschließen.[1] Es kann ihnen nicht zugemutet werden, der Anteilsverwertung, die eine Treuepflichtverletzung darstellt, tatenlos zuzusehen. Es ist jedoch zu bedenken, daß der Ausschluß seinen Grund in der drohenden Gefahr für die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG hat. Der alleinige Ausschluß des Schuldner-Gesellschafters aus der GmbH beseitigt die Identität der Gesellschafter in der GmbH & Co KG, wenn nicht auch die Kommanditbeteiligung entzogen werden kann. Da die Treuepflicht sowohl in der GmbH als auch in der KG den Gesellschaftern gebietet, die Identität zu wahren, begründet ein dagegen verstoßendes Verhalten - unabhängig davon, in welcher der beiden "Teilgesellschaften" es sich abspielt - immer auch eine Treuepflichtverletzung in beiden Gesellschaften. Der dem Verpfänder in der GmbH zur Last gelegte Verstoß ist daher gleichzeitig auch ein solcher innerhalb der KG, so daß auch in der KG ein wichtiger Grund zum Ausschluß besteht.

Danach können die Mitgesellschafter die Identität so wieder herstellen, daß sie dem Schuldner-Gesellschafter bei drohender Verwertung des GmbH-Anteils beide Beteiligungen entziehen. Dieses Ergebnis ist nur als allgemeine Richtlinie aufzufassen. Es kann im Einzelfall geboten sein, daß die Mitgesellschafter die gesicherte Schuld für ihren Mitgesellschafter tilgen

---

1) Wirtschaftlich entspricht diese Regelung der des § 141 HGB, wonach den Mitgesellschaftern bei Pfändung eines Gesellschaftsanteiles das Recht zusteht, den Schuldner aus der Gesellschaft auszuschließen. Ein Unterschied besteht im Verfahren: der hier vorgeschlagene Ausschluß aus wichtigem Grund müßte durch Urteil erfolgen, während § 141 HGB nur einen Gesellschafterbeschluß erfordert.

- falls sie sehr gering sein sollte - bzw. andere Sicherheiten zur Verfügung stellen. Denn bei jedem Ausschluß ist zu berücksichtigen, daß er für den betroffenen Gesellschafter den härtesten Eingriff darstellt und nur das äußerste Mittel zur Lösung eines Konfliktfalles sein darf.

2. Rechtslage nach Verwertung

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf die Rechtslage bei noch nicht erfolgter bzw. drohender Verwertung des GmbH-Anteils. Erwirbt ein Dritter im Wege eines privaten Pfandverkaufs gem. § 1233 I BGB den GmbH-Anteil, so besteht dieselbe Interessenlage wie im Fall der rechtsgeschäftlichen Abtretung. Es gelten die zum Kollisionsfall der rechtsgeschäftlichen Abtretung gemachten Ausführungen entsprechend.[1)]

IV. Pfändung des GmbH-Anteils

Anders als beim Vertragspfandrecht folgt auf die Entstehung eines Pfändungspfandrechts in der Regel auch dessen Verwertung. Da die Verwertung in einer Veräußerung besteht, stellt der Erwerb des GmbH-Anteils durch einen Außenseiter hier also eine akutere Gefahr für die GmbH & Co KG als dort dar.

Die Behandlung der durch die Pfändung und die anschließende Verwertung hervorgerufenen Konfliktlage könnte sich von vornherein mit Rücksicht auf die

1) Vgl. oben S. 164 ff

zwingenden Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts verbieten. Man könnte meinen, wenn ein Dritter im Wege der Zwangsversteigerung einen gepfändeten GmbH-Anteil erwerbe und in die GmbH eintrete, dann beruhe die Identitätsverschiebung in der GmbH & Co KG nicht auf mangelnder Vertragsgestaltung, sondern sei zwingende Folge gesetzlicher Vorschriften. Es würde sich in der Tat dann der Versuch erübrigen, einen Ausgleich zwischen KG- und GmbH-Recht mittels Fortbildung des dispositiven Rechts zu suchen.

Die Pfändung eines GmbH-Anteils muß aber nicht nach dem Gesetz zwingend zu einer Verwertung durch Veräußerung an einen Dritten führen. Nach allgemeiner Ansicht [1] ist es möglich, vertraglich zu vereinbaren - regelmäßig geschieht das auch in der Praxis -, daß im Falle der Pfändung eines Gesellschaftsanteils der Schuldner-Gesellschafter gegen Entgelt aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Entsprechend ist in einer GmbH & Co KG die vertragliche Regelung möglich, daß im Falle der Pfändung des Anteils an einer "Teilgesellschaft" der betreffende Gesellschafter sowohl aus der GmbH als auch aus der KG ausgeschlossen wird. Die Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts stehen also einer "abstimmenden" und "verzahnenden" Vertragsgestaltung der GmbH & Co KG nicht entgegen. Damit ist eine Fortbildung des dispositiven Rechts zur Lösung der Kollision, die durch Pfändung des GmbH-Anteils entstehen kann, demnach auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

---

1) Vgl. z.B. Scholz, Kommentar, § 34 Anm. 1 ff; Böttcher, Unternehmensform, S. 37

1. Rechtslage vor Verwertung

Die Frage geht wie bei der Verpfändung dahin, ob die Mitgesellschafter ohne satzungsmäßige Vereinbarung die Möglichkeit haben, die Verwertung des gepfändeten GmbH-Anteils und den Eintritt eines Dritten mit den damit für die Identität der GmbH & Co KG verbundenen Nachteilen zu verhindern.

Ein Ausschluß des Schuldner-Gesellschafters aus wichtigem Grund scheitert nicht daran, daß dieser nicht unmittelbar wie bei der Verpfändung selbst tätig geworden ist bzw. daß ihn unter Umständen kein Verschulden trifft. Auch unverschuldete, in der Person eines Gesellschafters liegende Umstände können es für die Mitgesellschafter unzumutbar machen, das Gesellschaftsverhältnis weiter fortzusetzen. Es reicht aus, daß die Nichterfüllung von Verbindlichkeiten zur Pfändung des GmbH-Anteils geführt hat. Jeder Gesellschafter ist gegenüber den Mitgesellschaftern verpflichtet, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, damit die durch eine mögliche Verwertung eines Pfändungspfandrechtes herbeigeführte schwerwiegende Störung verhindert wird.

Auch die Interessen des Pfändungspfandgläubigers stehen einem Ausschluß des Schuldner-Gesellschafters aus wichtigem Grund nicht entgegen. Es gilt das oben für den vertraglichen Pfandgläubiger ausgeführte entsprechend.[1)]

Es ist also der Ausschluß eines Gesellschafters, dessen GmbH-Anteil gepfändet worden ist, aus wichtigem

---

1) Vgl. oben S. 169

Grund gegen Entgelt möglich. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Art und Weise des Ausschlusses. Das Reichsgericht vertrat im Anschluß an Scholz die Meinung, es reiche ein Gesellschafterbeschluß für den Ausschluß aus.[1] Im Gegensatz dazu nimmt der Bundesgerichtshof an, daß eine Ausschließung nur im Wege einer Klage (analog § 140 HGB) möglich sei, da die besondere Bedeutung des Ausschlusses eine klare Entscheidung erfordere, die nur durch Urteil (Gestaltungsurteil) zu erreichen sei.[2]

Es wäre konsequent, im Zuge der Anwendung von Regeln des Personengesellschaftsrechts auf die personalistische GmbH auch die im Vergleich zur Ausschlußklage aus wichtigem Grund speziellere Regelung des § 141 HGB heranzuziehen. Das würde dafür sprechen, einen Gesellschafterbeschluß für einen Ausschluß aus der GmbH genügen zu lassen. Im Rahmen einer GmbH & Co KG würde eine Anwendung des § 141 HGB jedoch zu zusätzlichen unliebsamen Schwierigkeiten im Ausschlußverfahren führen. Denn es sind beide "Teilgesellschaften" zu berücksichtigen. Wie oben schon ausgeführt, kann die Kollisionslage nicht schon durch Ausschluß des Schuldner-Gesellschafters aus nur einer Gesellschaft gelöst werden. Er müßte sowohl aus der GmbH als auch aus der KG entfernt werden, damit die Gesellschafteridentität wieder hergestellt ist. Das Ausschlußverfahren im Rahmen der KG ist nur in Form einer Klage nach § 140 HGB durchzuführen, da ein Pfändungspfandrecht an der Komman-

1) RGZ 169, S. 333; Scholz, Kommentar, § 34 Anm. 8

2) BGHZ 9, S. 168; 16, S. 322

ditbeteiligung nicht besteht, die besonderen Voraussetzungen des § 141 HGB also nicht bestehen. Würde nun der Grundsatz des § 141 HGB im Rahmen der GmbH Anwendung finden, während der Schuldner-Gesellschafter aus der KG nur mit einer Klage nach § 140 HGB ausgeschlossen werden könnte, so wäre die Identität in der GmbH & Co KG nur über zwei in ihrem Charakter verschiedene Verfahren wieder herzustellen.

Es besteht kein Anlaß, von der herrschenden Meinung abzuweichen, nach der der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund durch Klage zu erfolgen hat. Im Rahmen einer GmbH & Co KG ist dem auch dann zu folgen, wenn der wichtige Grund in der Pfändung eines Gesellschaftsanteils gesehen wird.

2. Rechtslage nach Verwertung

Erwirbt ein Dritter in der Versteigerung den GmbH-Anteil, so gelten die gleichen Ausführungen, die oben schon zur rechtsgeschäftlichen Abtretung und zur Verpfändung - nach Verwertung - gemacht wurden.[1] Zwar erfolgt ein Erwerb im Rahmen der Zwangsvollstreckung originär, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Schuldner Eigentümer des gepfändeten Gegenstandes gewesen ist oder ob der Erwerber gutgläubig ist. Man könnte deshalb meinen, dem Erwerber eines öffentlich versteigerten GmbH-Anteils könnte demnach auch nicht zugerechnet werden, daß der GmbH-Anteil

---

1) Vgl. oben S. 164 ff, 172

intern im Verhältnis der Gesellschafter untereinander unabtretbar gewesen ist. Damit könnte sich hier - anders als in den bisher behandelten Fällen - der Ausschluß des neuen GmbH-Gesellschafters aus der GmbH aus wichtigem Grund verbieten. Für eine Übernahme der gesamten Gesellschafterposition des Vorgängers einschließlich der Möglichkeit, ausgeschlossen zu werden, auch bei einem Erwerb im Rahmen der Zwangsvollstreckung spricht jedoch folgendes: Es ist etwas anderes, ob ein versteigerter Gegenstand dem Schuldner gehörte, ob er in der Verfügung beschränkt oder ob eine Beteiligung an einem personalistischen Verband durch die Struktur des Verbandes geprägt ist und ob die Mitglieder aus der Struktur heraus in der Ausübung ihrer Rechte bestimmten Einschränkungen unterworfen sind. Diese Einschränkungen können bei einem Erwerb in der Zwangsvollstreckung nicht aufgrund des "originären Erwerbs" untergehen.

Wird ein gepfändeter GmbH-Anteil also öffentlich versteigert, so steht nichts entgegen, den neuen GmbH-Gesellschafter so zu behandeln wie es oben für den Fall rechtsgeschäftlicher Abtretung bzw. Verpfändung - nach Verwertung - vorgeschlagen worden ist.[1)]

D. Neuaufnahme durch Kapitalerhöhung

Den Gesellschaftern einer jeden Gesellschaft steht es

---

1) Vgl. oben S.164 ff., 172

mit Rücksicht auf die Privatautonomie frei, durch einstimmigen Beschluß einen neuen Gesellschafter aufzunehmen. Insoweit bringt auch die alleinige Neuaufnahme eines Gesellschafters in die KG im Rahmen einer GmbH & Co KG - die nur einstimmig beschlossen werden kann - keine besonderen Probleme mit sich, auch wenn dadurch die Identität der Gesellschafter zerstört wird.

In eine GmbH kann dagegen schon mit einer Dreiviertelmehrheit ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden.[1)]

In der identischen GmbH & Co KG kann daher der Fall eintreten, daß durch die unterschiedlichen Abstimmungsmodalitäten ein neuer Gesellschafter zwar mit Dreiviertelmehrheit in die GmbH aufgenommen wird, eine Aufnahme in die KG jedoch daran scheitert, daß ein einstimmiges Abstimmungsergebnis nicht zustande kommt. Damit ist dann die Identität der Gesellschafter in den beiden "Teilgesellschaften" aufgehoben.

Überträgt man die an den bisher behandelten Kollisionsfällen der Abtretung und Pfändung entwickelten Grund-

---

1) Der entsprechende Aufnahmebeschluß, der mit einer Kapitalerhöhung verbunden ist, stellt eine Änderung des Gesellschaftsvertrages nach § 53 I Satz 2 GmbHG dar. Es liegt kein Fall des § 53 III GmbHG vor, bei dem die Änderung des Gesellschaftsvertrages ausnahmsweise einen einstimmigen Beschluß erfordert. Zwar berührt jede Kapitalerhöhung die Rechtsstellung der Gesellschafter insofern, als durch die Schaffung neuer Geschäftsanteile und den Beitritt neuer Gesellschafter die bisherigen Mitgliedschaftsrechte verhältnismäßig vermindert werden. Trotzdem ist die Erhöhung nicht an die Zustimmung aller Gesellschafter gebunden. Ein unentziehbares Recht auf Beibehaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse wie zum Beispiel bei der AG gibt es bei der GmbH nicht, Hachenburg, Kommentar, § 55 Anm. 8

sätze, so stellt auch ein mit einer Dreiviertelmehrheit gefaßter Aufnahmebeschluß im Rahmen der GmbH einen Verstoß gegen die den Gesellschaftern obliegende Pflicht dar, die personelle Struktur [1] und die Funktionseinheit (Verfassung der GmbH & Co KG[2]) zu wahren.[3] Denn im Rahmen eines personalistischen Verbandes können die Verfassung und die personelle Zusammensetzung nur einstimmig geändert werden. Insoweit ist eine Neuaufnahme in die GmbH mit einer Mehrheit von nur dreiviertel der Gesellschafter nicht anders zu beurteilen als der Fall einer Anteilsabtretung in der GmbH ohne Zustimmung aller Gesellschafter.

Das GmbH-Gesetz enthält keine Regelung über die Behandlung von fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß die Vorschriften des Aktiengesetzes entsprechende Anwendung finden.[4] Danach ist zwischen (rechtswidrigen) anfechtbaren und (rechtswidrigen) nichtigen Beschlüssen zu unterscheiden. Ein Gesellschafterbeschluß ist nur in seltenen Ausnahmefällen nichtig, wenn er seinem Inhalt nach unmittelbar sittenwidrig ist oder gegen eine Verbotsnorm verstößt. Das läßt sich von einem die Treuepflicht verletzenden Beschluß nicht sagen. Ein solcher Beschluß ist somit nur anfechtbar.[5] Die über-

---

1) Vgl. oben S. 145 ff

2) Vgl. oben S. 150 ff

3) Vgl. das von Wieland gegebene Beispiel einer Beschränkung des Stimmrechts aus der Treuepflicht, in dem es auch um die Neuaufnahme eines Gesellschafters geht, Wieland, Handelsrecht II, S. 320

4) Baumbach-Hueck, Anh. § 47; Scholz, § 45 Rdnr. 10 ff

5) Ein Anfechtungsgrund kann nicht nur in einem Verstoß gegen ausdrückliche Rechtsvorschriften, sondern auch gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie Treu und Glauben liegen.

stimmten Gesellschafter könnten den Aufnahmebeschluß innerhalb eines Monats anfechten. Um zu verhindern, daß schon vor rechtskräftiger Entscheidung über den Beschluß die Mehrheit der Gesellschafter mit dem Neugesellschafter einen formellen Übernahmevertrag schließt, wodurch die Gesellschafterstellung für diesen erst entstehen würde, könnte zur vorläufigen Sicherung eine einstweilige Verfügung gegen den rechtswidrigen Gesellschafterbeschluß erwirkt werden. So könnten die überstimmten Gesellschafter verhindern, daß vor Entscheidung über den Gesellschafterbeschluß der notarielle Aufnahmevertrag mit dem Dritten abgeschlossen wird.

Die pflichtwidrige Aufnahme eines Dritten mit Dreiviertelmehrheit in die GmbH bereitet also keine besonderen Probleme, wenn die in der GmbH überstimmten Gesellschafter sich rechtzeitig gegen den Aufnahmebeschluß zur Wehr setzen.

Wird die überstimmte Minderheit nicht rechtzeitig tätig und kommt ein formeller Aufnahmevertrag mit dem Neugesellschafter zustande, dann erwirbt dieser die GmbH-Mitgliedschaft. In diesem Fall wird man dem Schutz des Neugesellschafters, der auf den inzwischen unanfechtbar gewordenen Gesellschafterbeschluß und die gesetzliche Regelung der Neuaufnahme mit Dreiviertelmehrheit vertraut, den Vorrang vor den Interessen der überstimmten Minderheit einräumen müssen. Oben wurde dargelegt, daß im Falle der Anteilsabtretung das dingliche Verfügungsgeschäft zwar wirksam, gleichzeitig aber ein Ausschluß des Neugesellschafters aus wichtigem Grunde zulässig ist.

Die Begründung, die für den Ausschluß gegeben wurde, trifft beim Neueintritt durch Kapitalerhöhung nicht zu: Der Neugesellschafter erwirbt nach Unanfechtbarkeit des Aufnahmebeschlusses originär eine neue Gesellschafterposition unmittelbar von der Gesellschaft, nicht aber eine abgeleitete Position von einem Vorgesellschafter, die mit dessen Pflichtwidrigkeit belastet ist. Mit der Unanfechtbarkeit des Aufnahmebeschlusses ist die in dem Beschluß liegende Pflichtwidrigkeit endgültig beseitigt. Die Störung der personalistischen Grundlage und Funktionseinheit kann damit nicht mehr rückgängig gemacht werden durch Ausschluß des Neugesellschafters.

Diese unterschiedliche Behandlung des Erwerbers, der durch rechtsgeschäftliche Abtretung einen GmbH-Anteil erwirbt [1] und desjenigen, der im Wege einer Kapitalerhöhung in eine GmbH eintritt, zeigt sich auch in einem anderen allgemein anerkannten Fall, der oben in anderem Zusammenhang schon besprochen wurde. Eine nicht eingetragene Satzungsänderung muß sich derjenige, der durch Rechtsgeschäft einen Anteil von einem Gesellschafter erwirbt, zurechnen lassen, soweit sein Vorgänger gebunden war. Da der Vorgänger mit dem Beschluß gebunden ist, unabhängig von der Eintragung, gilt das gleiche auch für den Erwerber des Anteils. [2] Erwirbt jemand eine GmbH-Beteiligung aufgrund Kapitalerhöhung, so hat er nicht eingetragene Satzungsänderungen grundsätzlich nicht gegenüber sich gelten zu lassen, es sei denn, er kannte sie. [3]

---

1) Vgl. oben S.158 f

2) Vgl. oben S.158 f

3) Vgl. oben S.159 Anm. 1)

Da der Neugesellschafter also aus der GmbH nicht mehr ausgeschlossen werden kann, bleibt nur die Auflösung von GmbH und KG aus wichtigem Grund, oder aber den überstimmten Gesellschaftern ist der Austritt aus wichtigem Grund aus beiden Gesellschaften zu ermöglichen.[1] Eine Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit erfordert eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten, die nur im Einzelfall möglich ist. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die überstimmte Mehrheit den Gesellschafterbeschluß hätte anfechten können, dürfte in der Regel die gerechtere Lösung wohl darin liegen, daß der überstimmten Minderheit der Austritt gewährt wird. Damit könnte die GmbH & Co KG von den übrigen Gesellschaftern fortgeführt werden.

---

1) Vgl. zum Austritt aus einer GmbH S.162 Anm. 2

E. Auflösung und Fortsetzung durch Beschluß

Nach dem Gesetz ist für die Auflösung der GmbH eine Mehrheit von dreiviertel der abgegebenen Stimmen nötig (§ 60 Ziff. 2 GmbHG), während die Auflösung einer KG einstimmig beschlossen werden muß. Werden beide Regelungen nicht aufeinander abgestimmt, dann kann es geschehen, daß eine GmbH & Co KG praktisch auch durch eine Dreiviertelmehrheit aufgelöst wird, denn ohne Komplementär kann eine KG nicht bestehen. Es bliebe den Kommanditisten der KG nichts anderes übrig, als die KG ebenfalls aufzulösen. In der Praxis würden die Kommanditisten u.U. einen neuen Komplementär suchen - es könnte einer von ihnen die persönliche Haftung übernehmen oder möglicherweise träte eine andere GmbH ein. Derartige Lösungen auf einer ganz neuen gesellschaftsrechtlichen Grundlage sind natürlich möglich, müssen jedoch außer Betracht bleiben. Es geht hier um die Lösung der Fälle, in denen die Beteiligten gerade selbst keine neue Basis finden, z.B. wenn keiner der Beteiligten das Risiko der persönlichen Haftung bereit ist zu übernehmen und wenn die Gesellschafter auch die Gründung und den Eintritt einer neuen GmbH wegen der damit verbundenen Unkosten und Steuern[1] ablehnen.

Ist im Rahmen einer GmbH & Co KG das gesellschafts-

1) Die Gründung einer GmbH löst Kapitalverkehrsteuer aus, vgl. § 2 Kapitalverkehrsteuergesetz

rechtliche Grundverhältnis im KG-Vertrag enthalten, während die Fragen der Geschäftsführung auf die GmbH konzentriert sind, dann wird man für eine Auflösung durch Beschluß die Grundsätze des KG-Rechts maßgebend sein lassen müssen. Bei der Gründung einer derartigen Gesellschaft ist den Gesellschaftern klar, daß der Bestand der GmbH von dem der KG abhängig ist und die GmbH nur eine untergeordnete Funktion haben soll. Da auch die Auflösung das gesellschaftsrechtliche Grundverhältnis betrifft, muß das Recht der KG angewandt werden, da auch die übrigen gesellschaftsrechtlichen Grundfragen von ihm erfaßt werden. Die Gesellschafter sind also im Innenverhältnis gehalten, von dem Auflösungsrecht in der GmbH keinen Gebrauch zu machen, wenn nicht einstimmig die Auflösung beschlossen wird.

Wird dennoch in der GmbH ein derartiger Auflösungsbeschluß gefaßt, dann haben die überstimmten Gesellschafter die Möglichkeit, den Beschluß gerichtlich anzufechten.

Sollte einmal das gesellschaftsrechtliche Grundverhältnis in der GmbH enthalten sein, dann führt das solange nicht zu einem anderen Ergebnis, wie die Gesellschaft personalistisch geprägt ist. Denn auch eine personalistische GmbH kann entgegen der dispositiven gesetzlichen Vorschrift nur nach den Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts aufgelöst werden.[1)]

---

1) Vgl. zur Auflösung einer personalistischen GmbH Winkler, S. 71

Auch die Fortsetzung einer KG kann, wenn der vertraglich vorgesehene Auflösungszeitpunkt gekommen ist, nur einstimmig beschlossen werden, während für die GmbH wiederum eine Dreiviertelmehrheit ausreicht. Die Frage, nach welchen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften sich die Fortsetzung der GmbH & Co KG letztlich richten soll, ist nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden, die im Hinblick auf die Auflösung oben dargestellt wurden.[1)]

## F. Kollisionen im Bereich der Geschäftsführung

Im Bereich der Geschäftsführung einer GmbH & Co KG können Kollisionen auftreten bei der Frage

- der Abberufung eines Geschäftsführers (vgl. unten I 1 und I 2),
- des Einflusses der Gesellschafter auf die Geschäftsführung und der Art der Beschlußfassung (vgl. unten II 1 und II 2)
- und der Haftung der Geschäftsführer (vgl. unten III).

### I. Abberufung eines Geschäftsführers

Da der Geschäftsführer der GmbH die der GmbH obliegende Geschäftsführertätigkeit im Rahmen der KG wahrnimmt, kann man ihn auch als - zumindest mittelbaren - Geschäftsführer der KG ansehen.[2)] Wegen der Tätigkeit für die KG könnte es erforderlich sein, die Regelung der Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einschließlich seiner Abberufbarkeit nicht als Internum

1) Zum Problem der Beschlußfassung nach Auflösung vgl. Winkler, S. 71

2) Zur Bezeichnung "mittelbarer Geschäftsführer" vgl. S. 13

der GmbH anzusehen und nach GmbH-Recht, sondern entsprechend der Vorschriften des KG-Rechts zu beurteilen. In dieser Fragestellung liegt zwar nicht unmittelbar eine Kollision zwischen GmbH- und KG-Recht, wie wir sie in den vorhergehenden Fällen kennengelernt haben, die Antwort verlangt aber in gleicher Weise eine Entscheidung darüber, ob in der GmbH & Co KG die Regelung des GmbH-Rechts oder des KG-Rechts zur Anwendung kommen soll.

Zunächst ist zu untersuchen, inwiefern die gesetzlichen Regelungen der Abberufbarkeit in einer KG und einer GmbH Unterschiede aufweisen. Die vordergründige Betrachtung ergibt folgendes: der Geschäftsführer einer GmbH kann nach § 38 I GmbHG jederzeit mit einfacher Mehrheit durch Beschluß der Gesellschafter von der Geschäftsführung abberufen werden. Dagegen ist die Geschäftsführungsbefugnis dem Komplementär einer KG nur aus wichtigem Grund in einem gerichtlichen Verfahren auf Antrag aller übrigen Gesellschafter durch Urteil zu entziehen (§§ 127, 117 HGB). Der Hinweis auf die gesetzlichen Regelungen reicht jedoch nicht aus. Es ist darüber hinaus die Unterscheidung zwischen einem Gesellschaftergeschäftsführer und einem Fremdgeschäftsführer [1] in die

1) Die Behandlung des Fremdgeschäftsführers im Rahmen der Erörterungen über die personalistische GmbH & Co KG bedarf der Erläuterung. Man könnte meinen, Fremdgeschäftsführung und personalistische Struktur seien unvereinbar, da die Geschäftsführung durch Gesellschafter ein Merkmal personalistischer Verbände ist, vgl. oben S. 119. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die personalistischen Strukturelemente in verschiedenen Abstufungen zusammentreffen können, wobei das eine stärker, das andere schwächer ausgeprägt sein kann. So kann auch bei Fremdgeschäftsführung die GmbH & Co KG in ihrer Gesamtheit immer noch durch das Überwiegen personalistischer Elemente als personalistisch anzusehen sein. Der Fall der Fremdgeschäftsführung kann in einer personalistischen Gesellschaft z.B. dann praktisch werden, wenn neben einem Gesellschaftergeschäftsführer ein Dritter zur Geschäftsführung befugt ist oder wenn infolge Krankheit oder sonstiger Verhinderung der Gesellschafter Dritte mit der Geschäftsführung beauftragt werden.

Erörterung einzubeziehen.

1. Abberufung eines Fremdgeschäftsführers

Die Abberufung eines Fremdgeschäftsführers ist in der GmbH nach § 38 I GmbHG jederzeit möglich, während eine gesetzliche Regelung für den Fremdgeschäftsführer in der KG fehlt. § 117 HGB - Widerruf nur aus wichtigem Grund - betrifft nur den Gesellschaftergeschäftsführer; für den geschäftsführenden Nichtgesellschafter gilt in der Personengesellschaft nicht § 117 HGB, sondern Dienstvertragsrecht.[1] Die Gesellschaft darf jederzeit auf die Geschäftsführung ohne wichtigen Grund verzichten.[2] Die Rechtslage ist insoweit dieselbe wie beim Widerruf einer Prokura, die nach § 52 HGB jederzeit widerruflich ist. Da in einer "normalen" KG ein Fremdgeschäftsführer also nicht unter die Regelung des § 117 HGB fällt, besteht auch keine Veranlassung, in einer GmbH & Co KG für den Fremdgeschäftsführer von der Regelung des

---

1) Auf den Streit, inwieweit eine Geschäftsführung durch Dritte in einer Personengesellschaft möglich ist, kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden. Die Ausführungen über den Widerruf der einem Dritten übertragenen Geschäftsführungsbefugnisse bleiben von dem Streit letztlich auch unberührt, da einem Dritten zumindest die Ausübung der mit der Geschäftsführung verbundenen Tätigkeit weitgehend überlassen werden kann, H. Westermann, Handbuch I 189; BGHZ 36, 292 = JZ 1962, 362 mit zustimmender Anm. von Hueck; Baumbach-Duden, § 114 Bem. 3 B; Schlegelberger-Geßler, § 114 Bem. 6. Für die Preisgabe des Prinzips der Selbstorganschaft spricht sich H.P. Westermann aus. Er ist der Ansicht, es ließen sich dem dispositiven Recht die nötigen Maßstäbe entnehmen, mit denen die Mißbrauchsversuche abgewehrt werden könnten, die mit atypischen Gestaltungen wie einer Personengesellschaft mit Fremdgeschäftsführer gemacht würden, H.P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 443 ff; - Die Unzulässigkeit der Fremdorganschaft begründet die h.M. u.a. damit, es gehe nicht an, daß ein Dritter ohne vollausgebildete gesellschaftsrechtliche Verantwortung und ohne Bindung an die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht Rechte ausübe, Schlegelberger-Geßler, § 125 Anm. 11

2) Baumbach-Duden, § 117 1 b; Fischer in Großkommentar HGB, § 117 Anm. 2 a

§ 38 I GmbHG abzuweichen. Dafür spricht ferner, daß die Rechtsform der GmbH & Co KG häufig deshalb gewählt wird, um in den Genuß der Regeln über die Geschäftsführung des GmbH-Rechts einschließlich der Widerruflichkeit der Geschäftsführungsbefugnis zu gelangen, da sie im Gegensatz zum Recht der Personengesellschaft eine größere Beweglichkeit und Unabhängigkeit der Geschäftsführung gewährleisten, ohne die Abberufbarkeit einzuschränken.[1] Zum anderen ist es auch nicht erforderlich, im Punkte der Widerruflichkeit der Geschäftsführungsbefugnis von der Regelung des GmbH-Rechts abzuweichen, weil dadurch die wesentlichen Grundlagen der Gesellschaft, ihre Funktionseinheit und die personalistische Grundlage nicht beeinträchtigt werden. Schließlich erübrigt sich auch, Prinzipien des Personengesellschaftsrechts in einem Punkt zu übernehmen, in dem die Gesellschafter das personalistische Strukturprinzip schon dadurch selbst aufgelockert haben, daß sie die Geschäftsführung einem Dritten, nicht einem Gesellschafter übertragen haben.

2. Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers

Liegt in einer personalistischen GmbH & Co KG die Geschäftsführung in den Händen eines Gesellschafters, dann könnte die Regelung des Personengesellschaftsrechts dem personalistischen Strukturprinzip mehr entsprechen als die freie Widerruflichkeit des GmbH-

---

1) Vgl. Entwurf, Begründung zu §§ 35 - 40, S. 3748, wonach die Gesellschafter jederzeit Herr der Gesellschaft bleiben sollen; vgl. oben S. 13

Rechts nach § 38 I GmbHG.[1]

Ob die Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers in einer personalistischen (Einzel-) GmbH unter § 38 I GmbHG fällt, ist in jüngster Zeit Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen.

Jutta Limbach[2] hat die These aufgestellt, der Gesetzgeber habe bei der Regelung des § 38 I GmbHG nur den Fall der Fremdorganschaft im Auge gehabt. Ausgehend von den Gesetzesmaterialien hat sie nachzuweisen versucht, daß dem Gesetzgeber nur das Modell einer kapitalistisch aufgebauten GmbH mit Fremdorganschaft vorgeschwebt habe. Da diese Vorstellung mit dem heutigen Typus der kleinen persönlich geführten GmbH nicht übereinstimme, sei es sachgerechter, an Stelle der Regelung des GmbH-Rechts die des Personengesellschaftsrechts anzuwenden. Der These von Limbach sind Schönle/Enßlin[3] entgegengetreten, denen sich auch Fleck[4] angeschlossen hat. Diese Autoren halten § 38 I GmbHG auch im Falle der Selbstorganschaft in der personalistischen GmbH für anwendbar. Ist der These von Limbach zuzustimmen, dann wäre auch in der personalistischen GmbH & Co KG der Regelung des

---

1) Ein Gesellschafter kann auf zweierlei Art und Weise Geschäftsführer sein: wie ein Dritter aufgrund Anstellungsvertrages oder aufgrund seiner Gesellschafterstellung. Im ersten Fall gelten die zum Fremdgeschäftsführer angestellten Überlegungen, vgl. unten S. 159 ff. - Die folgenden Ausführungen gehen von der Geschäftsführung aufgrund Sonderrechts aus. Zu den Voraussetzungen zur Geschäftsführung aufgrund der Gesellschafterstellung vgl. unten S. 174

2) Jutta Limbach, GmbHR 1968, S. 181

3) Schönle/Enßlin, GmbHR 1968, S. 23

4) Fleck, GmbHR 1970, S. 221

§ 117 HGB der Vorzug zu geben; ist dagegen § 38 I GmbHG auf den Gesellschaftergeschäftsführer in der personalistischen (Einzel-) GmbH anwendbar, so könnte das Ergebnis im Rahmen einer personalistischen GmbH & Co KG nicht anders ausfallen.

Schönle/Enßlin begründen ihre Meinung, § 38 I GmbHG sei auch auf den Gesellschaftergeschäftsführer anwendbar, im wesentlichen gesetzessystematisch aus dem Regelungsgegenstand des § 38 II GmbHG. Der Gesetzgeber habe mit der im § 38 II GmbHG getroffenen Regelung [1] nur den Gesellschaftergeschäftsführer im Auge gehabt. Werde in § 38 II GmbHG die Selbstorganschaft behandelt, dann müsse der Gesetzgeber sie auch schon in § 38 I mit im Auge und den Willen gehabt haben, sie auch in diesem Absatz zu erfassen. Den auf den Gesellschaftergeschäftsführer beschränkten Regelungsgegenstand des § 38 II GmbHG leiten die Verfasser daraus her, daß einem Nichtgesellschafter in einer Gesellschaft statutenmäßig gar nicht die Geschäftsführung mit der Maßgabe der erschwerten Widerruflichkeit nur aus wichtigem Grunde übertragen werden könne, so daß in § 38 II GmbHG nur der Fall der Selbstorganschaft behandelt sein könne. Dafür spricht nach Ansicht der Verfasser u.a. die für einen Prokuristen geltende gesetzliche Regelung. Nach § 52 I HGB sei eine Prokura zwingend [2] jederzeit widerruflich. Etwas anderes ergebe sich weder aus § 117 HGB; die Einschränkung der Entziehbarkeit werde dort ausnahmsweise und allein durch die Gesellschafterstellung des Begünstigten

---

1) Im Gesellschaftsvertrag kann die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe denselben notwendig machen.

2) h.M., statt aller vgl. Schlegelberger-Geßler, § 52 I 1

gerechtfertigt, noch könne auf die für den Vorstand einer Aktiengesellschaft geltende Regelung verwiesen werden. Soweit für den Vorstand einer Aktiengesellschaft eine erschwerte Widerruflichkeit durch das Gesetz angeordnet sei,[1] handele es sich um einen besonderen Fall, da lediglich eine zu starke Abhängigkeit des Vorstandes vom Aufsichtsrat verhindert werden solle, während der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung regelmäßig einen ausreichenden Grund zum Widerruf darstelle.[2]

Die Meinung von Schönle/Enßlin, nur mit einem Gesellschaftergeschäftsführer könne gem. § 38 II GmbHG eine erschwerte Widerruflichkeit vereinbart werden, findet in den Kommentierungen zu dieser Vorschrift keine Stütze.[3] Nach herrschender Meinung ist § 38 II GmbHG auf Fremd- wie auf Gesellschaftergeschäftsführer anwendbar. Eine ausdrückliche Begründung wird in der Regel dafür nicht gegeben.

Der Hinweis von Schönle/Enßlin auf den vergleichbaren Fall der Prokura mit der nach allgemeiner Ansicht zwingenden Widerrufsregelung gibt zu Zweifeln an der herrschenden Meinung zu § 38 II GmbHG Anlaß. Kann bei der Prokura keine erschwerte Widerruflichkeit vereinbart werden, so ist der Rückschluß von Schönle/Enßlin, Gleiches müsse auch für die Widerruflichkeit der Geschäftsführungsbefugnis gelten, berechtigt, da eine Geschäftsführungsbefugnis den Geschäftsherrn noch weiter bindet als eine Prokura und deshalb im Punkte der Widerruflichkeit ebenso behandelt werden

---

1) Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 84 Anm. 14

2) Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 84 Anm. 14

3) Baumbach-Hueck, § 38 zu II; Scholz, Kommentar, § 38 zu II

müßte wie die Prokura.

Die Regelung des § 52 I HGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers gleichermaßen für den Prokuristen in einer Einzelfirma wie in einer Gesellschaft Geltung haben. Beide Fälle erfordern m.E. eine gesonderte Betrachtung. Die Frage, ob in einer Gesellschaft § 52 zwingenden Charakter hat, ist unter einem besonderen Aspekt zu betrachten.

Aus dem Sinn und Zweck von § 52 HGB ergibt sich, daß diese Vorschrift im Verhältnis der Prokuristen zum Geschäftsherrn bzw. zu den Geschäftsherren zwingenden Charakter haben muß. Ohne § 52 HGB könnte eine Prokura nach § 168 BGB als Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht ausgestaltet werden. Das soll mit der Regelung des § 52 HGB offensichtlich vermieden werden: das Gesetz trägt der Gefahr Rechnung, welche sich aus dem weiten Umfang der Prokura für den Geschäftsherrn ergibt. Der Geschäftsherr muß jederzeit in die Lage versetzt werden, die Vertretungsmacht des Prokuristen zu beenden, andernfalls würde er in eine gefahrvolle Abhängigkeit von seinem Angestellten geraten.[1] Der Prokurist ist seinerseits ausreichend dadurch geschützt, daß seine vertraglichen Vergütungsansprüche von dem Widerruf grundsätzlich unberührt bleiben (§ 52 I HGB).

Im Rahmen einer Gesellschaft ist jedoch ein weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen: einzelne Gesellschafter können ein besonderes Interesse daran haben, daß bestimmte Personen Prokuristen sind und daß ihnen ihre Befugnis nur erschwert aus wichtigem Grund entzogen werden kann. Es ist kein Grund ersichtlich, der es Gesell-

---

1) Schlegelberger-Geßler, § 52 I 1

schaftern verbieten könnte, in ihrem Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, daß ein Prokurist nur aus wichtigem Grund abberufen werden könne. Sachlich kann durchaus ein anzuerkennendes Bedürfnis bestehen, die Abberufung eines Prokuristen von einem wichtigen Grunde abhängig zu machen. Einer solchen Regelung kann das Bestreben zugrunde liegen, die Kontinuität der Geschäftsführung oder den Einfluß einer bestimmten Gesellschaftergruppe zu wahren.[1] Die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der erschwerten Widerruflichkeit der Prokura ist also im Verhältnis der Gesellschafter als möglich und wirksam anzusehen. Insofern kann § 52 HGB keinen zwingenden Charakter haben.

Da also in einem Gesellschaftsvertrag eine erschwerte Widerruflichkeit für einen Prokuristen vereinbart werden kann, läßt sich nicht mit dem Hinweis auf die für einen Prokuristen geltende Regelung begründen, für einen Fremdgeschäftsführer könne eine entsprechende Vereinbarung ebenfalls nicht getroffen werden. Vielmehr zeigen die Ausführungen zum nur relativ zwingenden Charakter von § 52 HGB,[2] daß im Verhältnis der Gesellschafter durchaus die Bestimmung möglich ist, ein Fremdgeschäftsführer könne nur aus wichtigem Grunde abberufen werden. Also läßt sich auch nicht die These aufrechterhalten, § 38 II GmbHG habe nur den Fall der Selbstorganschaft zum Gegenstande.

Damit wird auch die Folgerung von Schönle/Enßlin

---

1) Vgl. Fleck, S. 222

2) Zu demselben Ergebnis kommt auch Fleck, S. 222; auch Schönle/Enßlin deuten den relativ zwingenden Charakter an einer Stelle ihrer Ausführungen an, allerdings im Widerspruch zu ihren sonstigen Ausführungen, Schönle/Enßlin, GmbHR 69, S. 105 oben, rechte Spalte

gegenstandslos, die sie aus dem Regelungsgegenstand des § 38 II GmbHG für § 38 I GmbHG gezogen haben. Da § 38 II GmbHG nicht nur den Fall der Selbstorganschaft zum Gegenstand hat, läßt sich aus dieser Vorschrift auch nicht gesetzessystematisch begründen, daß auch § 38 I GmbHG nach dem Willen des Gesetzgebers den Fall der Selbstorganschaft umfassen solle.

Neben der gesetzessystematischen Begründung aus § 38 II GmbHG haben Schönle/Enßlin ausgeführt,[1] eine Zwei-Personen-GmbH ohne satzungsmäßige Abweichung vom Gesetzestyp unterscheide sich zu sehr von einer Personengesellschaft als daß es gerechtfertigt sei, von der gesetzlichen Wertung in der GmbH zugunsten des Rechts der Personengesellschaft abzuweichen. Mit dieser Argumentation verharren die Verfasser zu sehr in einer abstrakten Betrachtungsweise. Es kann nicht darum gehen, auf eine Zwei-Personen-GmbH ohne satzungsmäßige Abweichungen Regeln des Personengesellschaftsrechts anzuwenden - das will auch Jutta Limbach nicht, wie wohl Schönle/Enßlin fälschlicherweise annehmen[2] - vielmehr liegt das Problem in der GmbH mit kleiner Mitgliederzahl auf personalistischer Grundlage mit einigen satzungsmäßigen Abweichungen vom Gesetzestyp. Die Frage lautet, ob dann, wenn in einer GmbH insgesamt personalistische Strukturelemente überwiegen, in einem einzelnen nicht geregelten Punkt - hier der Widerrufbarkeit der Geschäftsführungsbefugnis - die dispositive Vorschrift des GmbH-Rechts oder die entsprechende Regelung des Personengesellschaftsrechts zur

---

1) Schönle/Enßlin, GmbHG 1969, S. 106

2) J. Limbach, GmbHR 1968, S. 181

Anwendung kommen soll.

Man könnte meinen, die auf einen Komplementär zugeschnittene Widerrufsregelung von § 117 HGB sei nicht auf einen geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter übertragbar, da ihn keine persönliche Haftung treffe. Das Fehlen einer persönlichen Haftung hindert in einer GmbH jedoch schon kraft Gesetzes nicht daran, eine erschwerte Widerruflichkeit zu vereinbaren.[1] - Ferner geht es hier allein darum, ob auch bei Fehlen einer derartigen - ausdrücklichen - Vereinbarung im Wege der Auslegung davon ausgegangen werden kann, daß die einem Gesellschafter erteilte Geschäftsführungsbefugnis nur aus wichtigem Grund widerruflich ist. Dabei kommt es nicht in erster Linie auf die gesetzliche Regelung des § 117 HGB und die darin liegende gesetzliche Wertung an, sondern auf die von den Gesellschaftern geschaffene vertragliche Regelung. Die Frage lautet, ob sich aus dem Zusammenhang der von ihnen geschaffenen Regelung die erschwerte Widerruflichkeit ergibt. Daß das Fehlen der persönlichen Haftung nicht daran hindert, im Wege der Auslegung von einer erschwerten Widerruflichkeit auszugehen, ist auch für die KG allgemein anerkannt: ohne ausdrückliche Regelung ist die einem Kommanditisten erteilte Prokura nur aus wichtigem Grund zu entziehen, wenn er aufgrund seiner Gesellschafterstellung zum Prokuristen ernannt ist.[2]

Ob die Angleichung an den Typus der Personengesellschaft so stark ist, daß es gerechtfertigt ist, von der

---

1) § 38 II GmbHG, vgl. oben S. 162

2) BGH 17, 392

jederzeitigen Abberufbarkeit mit einfacher Mehrheit abzuweichen, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Von der erschwerten Abberufbarkeit wird man z.B. ausgehen können, wenn die Geschäftsführung durch einen Gesellschafter sozusagen Bedingung der Gesellschaftsentstehung gewesen ist; wenn das Bestehen und Fallen des Vertrages davon abhing, daß ein bestimmter Gesellschafter als Geschäftsführer eingesetzt wurde [1] oder wenn sich aus den Umständen ergibt, daß das Gesellschaftsunternehmen in gleicher Weise Existenzgrundlage des tätigen Gesellschafters wie bei einer Offenen Handelsgesellschaft oder auch bei dem Geschäft eines Einzelkaufmannes sein sollte.[2] Beruht eine Gesellschaftsgründung derart auf der tätigen Mitarbeit einer oder mehrerer Personen, dann würde man in unzulässiger Weise die Form höher als den Inhalt bewerten, wenn man den Gesellschaftergeschäftsführer wie einen angestellten Geschäftsführer als jederzeit abberufbar ansehen würde.[3]

Mit diesen Ausführungen zum Gesellschaftergeschäftsführer in der personalistischen (Einzel-) GmbH ist auch die Frage beantwortet, ob die Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers in der personalistischen identischen GmbH & Co KG nach GmbH- oder Personen-

---

1) RG LZ 1909, 76

2) J. Limbach, GmbHR 1968, S. 182

3) Mit der erschwerten Abberufbarkeit ist in der Regel - worauf unten noch eingegangen wird - die Ungebundenheit an Weisungen bezüglich des normalen Geschäftes verbunden. Beides ist Ausfluß der einem Gesellschaftergeschäftsführer, der aufgrund seiner Gesellschafterstellung tätig wird, zukommenden größeren Unabhängigkeit, vgl. unten S. 199 ff

gesellschaftsrecht zu beantworten ist. Es tritt die Regelung von §§ 127, 117 HGB an die Stelle von § 38 I GmbHG, wenn genügend Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Gesellschaftergeschäftsführer aufgrund seiner Gesellschafterstellung unabhängig sein soll.

II. Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung

Die Gesamtheit der Gesellschafter hat nach dem Gesetz in der GmbH großen Einfluß auf die Geschäftsführung, weil sie über Art und Weise bis in alle Einzelheiten durch einfache Mehrheitsentscheidungen bestimmen kann (§ 47 GmbHG). Es gibt keine Geschäfte, bezüglich derer die Gesellschafterversammlung keine Weisung erteilen könnte. Eine Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften wie in den Personalgesellschaften (§§ 164, 116 HGB) ist dem GmbH-Gesetz fremd. Die Position des einzelnen Kommanditisten ist - verglichen mit der eines GmbH-Gesellschafters - sowohl stärker als auch schwächer. Kein Kommanditist - auch nicht die Gesamtheit aller Kommanditisten - kann Einfluß auf die Abwicklung gewöhnlicher Geschäfte nehmen, während außergewöhnliche Geschäfte der Zustimmung jedes einzelnen Kommanditisten bedürfen.

Durch diese unterschiedlichen Mehrheitsverhältnisse in den Normalstatuten der Teilgesellschaften können zwar keine die Identität der Gesellschafter und damit die Funktionsfähigkeit der GmbH & Co KG unmittelbar bedrohenden Kollisionen auftreten. Im Hinblick auf die

Einheitlichkeit muß man jedoch einräumen, daß es zumindest zu Ungereimtheiten kommen kann, wenn in den Gesellschaftsverträgen von GmbH und KG bezüglich des Einflusses auf die Geschäftsführung keine "abstimmenden" Regelungen enthalten sind. Denn wenn z.B. in der GmbH ein Beschluß gefaßt wird, so mutet es befremdlich an, wenn er durch einen weiteren Beschluß derselben Personen im Rahmen der KG im Ergebnis wieder aufgehoben werden kann. So liegt der Fall, wenn in der GmbH mit einfacher Mehrheit ein Geschäft beschlossen wird, daß in der KG als außerordentliches Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erfordert.

1. Einfluß im Falle der Fremdgeschäftsführung [1)]

Die Fremdorganschaft stellt für sich genommen eine Abweichung vom personalistischen Strukturtyp dar. Damit ist ein Anhaltspunkt gegen die Übernahme von personalistischen Regelungen - soweit der Geschäftsführungsbereich betroffen ist - gegeben. Andererseits wird man wohl kaum allein mit Rücksicht auf die Fremdorganschaft sagen können, daß in der GmbH & Co KG über außerordentliche Geschäfte im Sinne des GmbH-Rechts mit einfacher Mehrheit abzustimmen sei. Vielmehr läßt sich im Falle der Fremdorganschaft weder ein Vorrang des GmbH- noch des KG-Rechts für die Gesamtgesellschaft der GmbH & Co KG begründen. Es muß vielmehr bei der Kollision der gesetzlichen Normalstatuten bleiben, auch wenn das Zusammenspiel

1) Dazu, daß auch dann, wenn die Geschäftsführung einem Dritten obliegt, die Gesellschaft noch personalistisch geprägt sein kann, vgl. oben S. 186

beider dispositiven Regelungen eine vom Gesetzgeber - und häufig wohl auch von den Beteiligten - nicht vorhergesehene Kombination ergibt: für Beschlüsse im Rahmen der alltäglichen Geschäftsführung schlägt die Regelung des GmbH-Rechts im Ergebnis durch, da im KG-Recht über einfache Geschäfte nicht abgestimmt werden kann, während bei außerordentlichen Geschäften sich das Einstimmigkeitserfordernis des KG-Rechts durchsetzt. Ein mit einfacher Mehrheit in der GmbH gefaßter Beschluß über ein außerordentliches Geschäft kann in der KG bereits durch eine Gegenstimme zu Fall gebracht werden. Haftet diesem Zusammenspiel der dispositiven Regelungen auch der Eindruck des Zufälligen an, so führt sie doch nicht zu einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit oder der personalistischen Struktur der GmbH & Co KG, sondern stellt immerhin eine verhältnismäßig interessengerechte, wenn auch zufällige Lösung dar.

Im Fall der Fremdgeschäftsführung muß also das Nebeneinander der dispositiven Regelungen des KG- und GmbH-Rechts erhalten bleiben, ohne daß im Rahmen einer Rechtsfortbildung eine Abstimmung möglich wäre.

### 2. Einfluß im Falle der Geschäftsführung durch Gesellschafter

Die Geschäftsführung kann in einer GmbH einem Gesellschafter wie einem Dritten aufgrund normaler Anstellung obliegen oder sie kann Ausfluß seiner Gesellschafterstellung sein; Letzteres ist im Gesetz vorgesehen, da Gesellschafter statuarisch zu Geschäftsführern bestellt werden können (§ 6 II GmbHG).

Wird ein Gesellschafter wie ein Angestellter tätig, so gelten bezüglich des Einflusses der Mitgesellschafter auf die Geschäftsführung die oben zur Fremdgeschäftsführung gemachten Ausführungen entsprechend.[1)]

Hier sollen die möglichen Kollisionen in der GmbH & Co KG behandelt werden, die dann entstehen, wenn dem Gesellschafter die Geschäftsführung als "Ausfluß seiner Gesellschafterstellung" oder - wie auch gesagt wird - "als Sonderrecht" obliegt.[2)]

Zunächst ist eine nähere Klärung des Sonderrechts auf Geschäftsführung, dessen Umfang und Voraussetzungen erforderlich. Dabei wird auf die Komplementär-GmbH bzw. die GmbH & Co KG erst eingegangen, nachdem das Sonderrecht auf Geschäftsführung für den Bereich der personalistischen (Einzel-) GmbH geklärt ist.

Die Bedeutung des Sonderrechts auf Geschäftsführung in der personalistischen (Einzel-) GmbH liegt einmal darin, daß jede Beeinträchtigung dieses gesellschaftsrechtlichen Vorrechts nur auf dem Wege einer Satzungsänderung möglich ist. So könnte ein weiterer Geschäftsführer nur mit der für eine Satzungsänderung notwendigen Mehrheit bestimmt werden. Auch die Umwandlung einer bisherigen Einzelgeschäftsführungsbefugnis in eine Kollektivgeschäftsführung bedürfte derselben Voraussetzungen.

Zum anderen ist der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis, die durch Sonderrecht eingeräumt ist, nur zum Teil beschränkbar. Besäße der Gesellschaftergeschäfts-

---

1) Vgl. oben S. 186 f

2) BGH, WM 1962, 201; Immenga, S. 93

führer keine Eigenständigkeit gegenüber der Gesellschaft, so würde sich seine Stellung von der bloßen Anstellung nicht unterscheiden. Wieland hält den Geschäftsführer kraft Sonderrechts für berechtigt, nach eigenem Gutbefinden und Ermessen zu handeln.[1] Fischer spricht von einer Freistellung von Einzelanweisungen oder allgemeinen Anordnungen.[2] Auf der einen Seite kann der Kapitalmehrheit nicht das Recht eingeräumt werden, eine als Sonderrecht ausgestattete Geschäftsführungsbefugnis auszuhöhlen, denn die Zuweisung eines Sonderrechts kann nicht nur den mit der Geschäftsführungstätigkeit verbundenen Anspruch auf Vergütung bezwecken, vielmehr soll dem Geschäftsführer auf der Grundlage seiner Gesellschafterstellung die unmittelbare Mitwirkung an unternehmerischen Entscheidungen eingeräumt werden.[3] Auf der anderen Seite wird man die Einflußmöglichkeiten der Kapitalmehrheit nicht völlig beschneiden können. In der Einräumung eines Sonderrechts läßt sich nicht der völlige Verzicht auf jede Einflußmöglichkeit sehen. Es kann also nur darum gehen, die Grenzen zulässiger Beschränkungen abzustecken und die widerstreitenden Interessen zu wahren. Es ist insoweit auf die Regelung des Personengesellschaftsrechts zurückgegriffen worden. Sie entspricht den Intentionen der GmbH-Gesellschafter, da sie im Zweifel mit der Einräumung eines statuarischen Sonderrechts auf Geschäftsführung eine der OHG oder KG vergleichbare innere Organisation herbeiführen wollen.[4]

---

1) Wieland, II, S. 301

2) Fischer, GmbHR 1953, S. 131 ff, S. 133

3) Immenga, S. 97

4) Immenga, S. 97 f

Damit kann der Gesellschaftergeschäftsführer aufgrund Sonderrechts die gewöhnlichen Geschäfte frei nach eigenem Ermessen führen. Die darüber hinausgehenden Geschäfte unterliegen der Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung - das bedeutet nach der Regelung des GmbH-Rechts: sie unterliegen der einfachen Mehrheitsentscheidung, soweit sie nicht Gegenstand der Satzung sind und nur im Wege einer Satzungsänderung mit Dreiviertelmehrheit beschlossen werden können. Etwas anderes gilt möglicherweise dann, wenn auch für die Beschlußfassung über außerordentliche Geschäfte die Regelung des GmbH-Rechts durch die des Personengesellschaftsrechts ersetzt wird. Das muß nicht immer dann der Fall sein, wenn ein Sonderrecht auf Geschäftsführung angenommen wird. Es ist nicht so, daß aus dem Sonderrecht auf Geschäftsführung ohne weiteres zu folgern wäre, die Gesellschafter hätten auch den Willen gehabt, über außerordentliche Geschäfte nur einstimmig abzustimmen. Dafür sind vielmehr zusätzliche Anhaltspunkte erforderlich. Im einzelnen wurde oben schon darauf hingewiesen, daß eine pauschale Übernahme von personalistischen gesetzlichen Regelungen nicht in Frage kommt. Es ist vielmehr immer nur im Einzelfall zu entscheiden, ob eine dispositive Vorschrift des GmbH-Rechts durch eine solche des Personengesellschaftsrechts ersetzt wird. [1)]

Es bleibt nun zu klären, wann ein Gesellschafter aufgrund Sonderrechts und nicht aufgrund Anstellungsvertrages Geschäftsführer ist.

---

1) Vgl. oben S. 119, 121

Die ausdrückliche Einräumung eines Sonderrechts wird der Ausnahmefall sein, da die Gesellschafter in der Regel über die rechtlichen Unterschiede der Bestellungsmöglichkeiten nicht informiert sind.[1] Die Annahme eines Sonderrechts hängt davon ab, ob sich Anhaltspunkte aus der Satzung ergeben. Die Bestellung zum Geschäftsführer als solche muß im Rahmen der Satzung und somit unter Beachtung der Form des § 2 GmbHG allerdings erfolgt sein.[2] Sie allein wird jedoch nicht als ausreichend angesehen, es müssen weitere Anhaltspunkte hinzukommen.[3]

Ob die Geschäftsführungsbefugnis als Sonderrecht ausgestaltet ist oder nicht, ist im Wege der Auslegung der GmbH-Satzung zu ermitteln. Dabei sind mögliche Einschränkungen zu beachten, die sich - wie oben im einzelnen ausgeführt wurde - aus der körperschaftlichen Struktur der Gesellschaft, aus den Grundsätzen über die Erklärung an die Öffentlichkeit[4] ergeben oder die zum Schutz zukünftiger Gesellschafter erforderlich sind.[5] Die Frage, ob einem Gesellschafter in einer personalistischen GmbH ein Sonderrecht auf Geschäftsführung zusteht, ist nicht mit Rücksicht auf die Struktur des Verbandes mittels normähnlicher Auslegung zu beantworten; es fehlt die körperschaftliche Struktur. Ferner liegt insoweit auch keine Erklärung an die Öffentlichkeit vor. Schließlich ist ein Anteilserwerber auch nicht "unmittelbar" betroffen.[6]

---

1) Immenga, S. 85

2) BGH BB 1968, S. 1399

3) Immenga, S. 95

4) Vgl. oben S. 83 ff

5) Vgl. oben S. 100 - 105

6) Vgl. zu den Einzelheiten die Verweisungen in den vorstehenden Anmerkungen

Es können also mittels einer "normalen" individuellen Auslegung alle den Beteiligten bekannten Umstände berücksichtigt werden. Im einzelnen ist auf die Gesichtspunkte abzustellen, die oben schon bei der Frage des Widerrufs der Geschäftsführungsbefugnis erwähnt wurden.[1)]

Das Verhältnis zwischen Gesellschaftergeschäftsführer und Mitgesellschaftern in der GmbH & Co KG läßt sich nun aus den vorgegangenen Ausführungen herleiten. Der mögliche Widerstreit der gesetzlichen Regelungen von GmbH- und KG-Recht im Punkte des Einflusses der Gesellschafter auf die Geschäftsführung ist wie folgt zu lösen: wie in der (Einzel-) GmbH besteht die entscheidende Frage darin, ob der Gesellschaftsgeschäftsführer wie ein Angestellter oder aufgrund Sonderrechts tätig werden soll oder nicht. Die Antwort kann in der personalistischen GmbH & Co KG im Wege individueller Auslegung gegeben werden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen zur personalistischen (Einzel-) GmbH verwiesen. Für den aufgrund Sonderrechts tätigen Gesellschaftergeschäftsführer gilt die Weisungsfreiheit bei der Durchführung gewöhnlicher Geschäfte, wie sie im Recht der Personengesellschaft vorgesehen ist, auch im Rahmen der GmbH und damit der GmbH & Co KG in ihrer Gesamtheit - die außerordentlichen Geschäfte sind wie im Falle der Fremdorganschaft zu behandeln.[2)] Es bleibt hier erst recht bei dem Einstimmigkeitserfordernis des KG-Rechts.

---

1) Vgl. oben S. 196

2) Vgl. oben S. 79 f

## III. Verantwortlichkeit des Geschäftsführers

### 1. Problemstellung

Der Geschäftsführer einer GmbH haftet wie ein ordentlicher Kaufmann (§ 43 I GmbHG). Der Haftungsmaßstab erstreckt sich damit auf jede auch nur fahrlässige Verletzung von Sorgfaltspflichten, die mit Art und Größe vergleichbarer Betriebe generell von einem Geschäftsmann beobachtet werden müssen, um Schaden von dem Unternehmen abzuwenden. Dagegen ist der die Geschäfte einer KG leitende Komplementär nur im Rahmen der eigenüblichen Sorgfalt haftbar zu machen (§§ 161 II, 105 II HGB, 708 I BGB).

Da in der GmbH & Co KG die Geschäfte der KG von der GmbH geführt werden, die sich ihrerseits zur Geschäftsführung ihres Geschäftsführers bedient, ist der Geschäftsführer der GmbH praktisch Geschäftsführer der KG. Man spricht deshalb auch vom "mittelbaren" Geschäftsführer.[1] Während dieser mittelbare Geschäftsführer die Geschäfte seines unmittelbaren Geschäftsherrn, der GmbH, mit jeglicher Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes führen muß, steht die die Geschäfte der KG führende GmbH ihrem Geschäftsherrn gegenüber günstiger da: sie hat nur die Sorgfalt zu beachten, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es braucht hier nicht erörtert zu werden, inwieweit eine juristische Person "eigene Angelegenheiten" hat.[2] Es reicht die Feststellung aus, daß die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten grundsätzlich einen

1) Vgl. oben S. 13

2) Vgl. dazu Reinfeld, S. 22 ff

schwächeren Maßstab darstellt als die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.

Es stellt sich die Frage, ob die Verschiedenheit des Haftungsmaßstabes für GmbH bzw. GmbH-Geschäftsführer einer sachgerechten Lösung zugeführt werden kann, wenn in einer GmbH & Co KG die Haftungsmaßstäbe nicht angepaßt worden sind. Es könnte der für den GmbH-Geschäftsführer nach § 43 I GmbHG vorgesehene Haftungsmaßstab dem des Personengesellschaftsrechts unterzuordnen sein, man könnte umgekehrt verfahren oder beide Maßstäbe nebeneinander bestehen lassen.[1)]

2. Lösung der herrschenden Meinung

Nach der herrschenden Meinung setzt sich im Ergebnis der geringere Haftungsmaßstab des Personengesellschaftsrechts durch.[2)] Das wird damit begründet, daß Ausgangspunkt die KG und deren Schaden sein müsse. Sie sei durch die pflichtwidrige Geschäftsführung der GmbH bzw. ihres Geschäftsführers unmittelbar betroffen. Infolge der Anwendbarkeit des § 708 BGB sei die Verantwortlichkeit der GmbH beschränkt oder bestehe im Einzelfall nicht. Wenn sich die GmbH erfolgreich darauf berufen könne, daß sie in vergleichbaren eigenen Angelegenheiten mit der gleichen Sorgfalt - wenn auch nicht grob fahrlässig - verfahre, bestehe ihre Ersatzpflicht gegenüber der GmbH & Co KG nicht. Trage die GmbH den Schaden der GmbH & Co

1) Reinfeld, S. 16 f; Problem auch angedeutet von Schilling, Gedanken, S. 192

2) Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 107; ders. in Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG, S. 83; Herschel, DB 1967, 2202; Sudhoff, GmbH & Co, S. 166; Reinfeld, S. 18; BGH WM 1956, 61 (64)

nicht, so könne sie auch keinen Regreßanspruch gegen ihren Geschäftsführer erheben, da ein Schaden für die GmbH mangels Inanspruchnahme durch die KG nicht gegeben sei.[1] Weiter wird gesagt, es gehe nicht an, daß eine Kommanditgesellschaft nur deshalb besser stehe, weil ihr geschäftsführender Gesellschafter eine juristische Person sei.[2]

3. Lösung von Reinfeld

In entgegengesetzter Richtung argumentiert Reinfeld. Er wirft der herrschenden Meinung vor, es sei nicht einzusehen, weshalb ein GmbH-Geschäftsführer deshalb einer milderen Haftung unterliegen solle, weil die GmbH an einer Kommanditgesellschaft als geschäftsführende Gesellschafterin beteiligt sei. Seiner Ansicht nach darf der geringere Haftungsmaßstab mit Rücksicht auf Gesellschaftsgläubiger nicht zum Tragen kommen.[3] Das Gesellschaftsvermögen müsse möglichst weitgehend erhalten bleiben - dies schließe auch Regreßansprüche bei mangelhafter Geschäftsführung gegen die Geschäftsführer ein, die nach § 43 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu beachten hätten. Aus der Sicht der Gesellschaftsgläubiger seien die Regreßansprüche ein Teil des Gesellschaftsvermögens, auf das sie durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß Zugriff nehmen könnten.[4]

Nach Reinfeld soll sich also im Ergebnis der schärfere Haftungsmaßstab des GmbH-Gesetzes in einer

---

1) Reinfeld, S. 18

2) Hesselmann, GmbH & Co KG, S. 103

3) Reinfeld, S. 30

4) Reinfeld, S. 102

GmbH & Co KG durchsetzen.

Reinfeld hat seine Ansicht aus § 43 GmbHG hergeleitet. Entscheidender Ansatzpunkt ist für ihn, daß § 43 GmbHG - wie in der Literatur überwiegend vertreten wird [1] - eine zwingende Rechtsvorschrift darstelle. Zur Begründung des zwingenden Charakters von § 43 GmbHG wird in der Literatur im wesentlichen folgendes ausgeführt: es sei nicht mit der organschaftlichen Vertreterstellung des Geschäftsführers und dem Umfang seiner Geschäftsführungsbefugnis vereinbar, daß dem Geschäftsführer im voraus - sei es durch Satzung, Geschäftsführungsbeschluß oder im Geschäftsführungsvertrag - die Haftung für Fahrlässigkeit erlassen oder von ihm nur die Sorgfalt verlangt werde, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflege. Hierüber könnten die Gesellschafter nicht frei befinden, da auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu berücksichtigen seien. § 43 GmbHG sei auch im öffentlichen Interesse erlassen.[2] Ähnlich formuliert Reinfeld die Begründung für den zwingenden Charakter von § 43 GmbHG: "Die strenge Haftung in § 43 GmbHG hat ihren Sinn und ihren Zweck darin, die außerhalb der GmbH stehenden Gesellschaftsgläubiger, die sich nur an das Vermögen der GmbH, nicht jedoch an die Gesellschafter der GmbH persönlich halten können, gegen Vermögensverfügungen der GmbH zu schützen, soweit die Haftung des Geschäftsführers in Frage steht. Das Vermögen der GmbH soll einen

---

1) Reinfeld, S. 10; Scholz, § 43 Anm. 2; Hachenburg, § 43 Anm. 2; Feine, S. 489; OLG Hamburg OLGE 9, 266; a.A. Baumbach-Hueck, ab 7. Aufl., § 43 Anm. 1 B; Vogel, § 43 Anm. 2; Brodmann, § 43 Anm. 1

2) Hachenburg, § 43 Anm. 2

optimalen Stand aufweisen. Hierzu gehören auch Regreßforderungen der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, der unmittelbar nur der GmbH, nicht aber den Gesellschaftsgläubigern zum Ersatz verpflichtet ist. Mittelbar jedoch - durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß - haftet der Geschäftsführer den Gesellschaftsgläubigern ebenfalls. Diese mittelbare Haftung entfiele, wenn der Geschäftsführer mit der GmbH einen Ausschluß seiner Haftung oder eine Beschränkung auf die eigenübliche Sorgfalt vereinbaren könnte." [1)]

Da vom Standpunkt der Gesellschaftsgläubiger die Person des Geschäftsführers bzw. die inneren Verhältnisse der GmbH ohne Bedeutung sind, wollen Reinfeld und die von ihm zitierten Autoren auch einen Gesellschaftergeschäftsführer nicht anders als einen Fremdgeschäftsführer behandeln. [2)]

Ist § 43 GmbHG zum Schutze von Gesellschaftsgläubigern als zwingende Vorschrift anzusehen, dann ist der Schluß von Reinfeld, der in § 43 enthaltene Gedanke müsse auch auf die GmbH & Co KG übertragen werden, richtig, da sie der GmbH in dem für die Gesellschaftsgläubiger entscheidenden Punkt vergleichbar ist, daß eine persönliche Haftung der Gesellschafter nicht besteht.

4. Kritik der Lösung von Reinfeld

Die These Reinfelds ist von ihrem Ausgangspunkt her zu widerlegen: dem Verständnis des § 43 I GmbHG als zwingender gesetzlicher Vorschrift zum Schutz von

---

1) Reinfeld, S. 102

2) Reinfeld, S. 12 m.w.N.

Gesellschaftsgläubigern.[1)]

Der Haftungsmaßstab, dem ein Geschäftsführer einer Gesellschaft unterliegt, wird auf der einen Seite von den Interessen der Gesellschafter, auf der anderen von den Interessen der Gesellschaftsgläubiger bestimmt. Die Gesellschafter müssen im Rahmen der Vertragsfreiheit über den Haftungsmaßstab grundsätzlich frei bestimmen können. Unter Berücksichtigung ihrer Interessen brauchte § 43 GmbHG nur dispositiven Charakter zu haben - mit der Ausnahme, daß im voraus aufgrund anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen kein Vorsatzausschluß möglich ist (§ 276 II BGB). Hat dagegen der Gesetzgeber den Haftungsmaßstab auch mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger festgelegt, dann kann er nicht beliebig von den Gesellschaftern abbedungen werden; die Gesellschaftsgläubiger wären möglichen Vereinbarungen der Gesellschafter ausgeliefert, da sie darauf keinen Einfluß nehmen könnten.

Es stellt sich die Frage, welche Interessen für § 43 I GmbHG maßgeblich sind. Es besteht kein Zweifel, daß eine GmbH auf einen entstandenen Regreßanspruch gegen den Geschäftsführer verzichten kann. Im nachhinein können also die Gesellschafter sozusagen auch den Haftungsmaßstab herabsetzen, indem sie darauf verzichten, einen durch leichtfertigen Pflichtverstoß entstandenen Schadensersatzanspruch durchzusetzen. Dadurch kann grundsätzlich auch zum Nachteil von möglichen Gesellschaftsgläubigern das Gesellschaftsvermögen vermindert werden. Diejenigen,

---

1) Für den zwingenden Charakter von § 43 GmbHG spricht sich z.B. auch Scholz aus, § 43 Rdnr. 2 m.w.N.; a.A. z.B. Baumbach-Hueck, § 43 1) B

die § 53 I GmbHG als zwingende Vorschrift ansehen, zeichnen sich also nur dadurch aus, daß die im voraus vereinbarte Haftungsbeschränkung als nicht zulässig angesehen wird.

Diese Unterscheidung erscheint wenig einsichtig. In § 43 II GmbHG hat der Gesetzgeber der Gesellschaft das Recht genommen, auf bestimmte entstandene Ansprüche gegen den Geschäftsführer zu verzichten. Insoweit kann auch im voraus nicht auf die Entstehung des Anspruches verzichtet werden. Auch die Ausschließung der Haftung oder eine Beschränkung ist damit ausgeschlossen. Diese Sonderregelung des Gesetzgebers bezieht sich jedoch nur auf die ausdrücklich in § 43 Abs. II GmbHG genannten Fälle: Zahlungen aus dem Stammkapital und Erwerb eigener Anteile. Hätte der Gesetzgeber die Sätze zwei und drei von § 43 II GmbHG auf alle möglichen Regreßansprüche beziehen wollen, so wäre nicht verständlich, weshalb er diese Regelung in § 43 II GmbHG getroffen hat. Er hätte sie gesetzessystematisch in einem besonderen Absatz aufgenommen.

Diese Interpretation aus dem Wortlaut heraus läßt sich durch materielle Argumente unterstützen.

Man würde die Vertragsfreiheit im Rahmen der GmbH zu weit einschränken, wollte man den Gesellschaftern vorschreiben, welchen Haftungsmaßstab sie mit ihrem Geschäftsführer vereinbaren wollen. Es ist denkbar, daß ein in Aussicht genommener Geschäftsführer erklärt, er fühle sich der Geschäftsführung nicht gewachsen. Ist die Gesellschaft gleichwohl daran interessiert, ihm die Geschäftsführung zu übertragen,

dann wird sie u.U. bereit sein, ihm im voraus eine Haftungserleichterung, z.B. in Form der eigenüblichen Sorgfalt zuzugestehen. Eine solche Regelung muß im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich sein. - Es läßt sich auch nicht argumentieren, § 43 I GmbHG müsse einen zwingenden Charakter haben, weil nur dadurch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung in einer GmbH im allgemeinen gewährleistet werde. Diese erzieherische Wirkung versagt allein deshalb, weil ein Verzicht im nachhinein unzweifelhaft möglich ist. - Auch aus einem Vergleich mit der entsprechenden Regelung im Aktiengesetz läßt sich kein Argument für den zwingenden Charakter des § 43 I GmbHG herleiten. Im Vergleich zur Geschäftsführung einer GmbH ist dem Vorstand einer Aktiengesellschaft ein viel umfassenderes Geschäftsführungsrecht mit größerer Unabhängigkeit eingeräumt. - Schließlich entspricht die hier vertretene Auffassung der allgemeinen Meinung, daß § 43 GmbHG keine Schutzvorschrift im Sinne des § 823 II BGB ist und nicht zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger erlassen sei.[1] Ist das nicht der Fall, dann kann man § 43 I GmbHG nicht gleichzeitig mit Rücksicht auf Gesellschaftsgläubiger als zwingende Vorschrift ansehen. Aus alledem ergibt sich, daß § 43 I GmbHG keine zwingende Vorschrift darstellt.

Reinfeld hat seine gegenteilige Ansicht eingeschränkt und damit seine eigenen Ausführungen widerlegt. Seine These, § 43 I GmbHG sei eine zwingende Vorschrift, hat er dahingehend modifiziert, daß der zwingende Charakter nur derart sei, daß im Innenverhält-

1) Scholz, § 43 Rdnr. 19; Hachenburg-Schilling, § 43 Einl. Anm. 22; Baumbach-Hueck, § 43 1)

nis zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH eine Haftungsbegrenzung vereinbart werden könne.[1] Die Haftungsbeschränkung komme zum Tragen, wenn und soweit der Gesellschaftsgläubiger seinen Ersatzanspruch gegenüber der GmbH durchgesetzt habe. Ersetze die GmbH dem Gesellschaftsgläubiger den Schaden, so bestehe in diesem Fall für einen Regreßanspruch gegen ihren Geschäftsführer kein Anlaß mehr. Erfülle dagegen umgekehrt der Geschäftsführer den Schadensersatz des Gesellschaftsgläubigers aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, so sei es nur billig, dem Geschäftsführer nun seinerseits Regreß gegen die GmbH zuzugestehen.[2] Damit weist dann auch nach Reinfelds Ansicht das Vermögen der GmbH keinen "optimalen Stand" mehr auf,[3] da mögliche Regreßansprüche vom Geschäftsführer zu Lasten des Gesellschaftsvermögens ferngehalten werden. - Mit der Einschränkung des zwingenden Charakters von § 43 GmbHG in dem beschriebenen Sinne hat Reinfeld seinen Ausgangspunkt - Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor Minderung der Vermögenssubstanz der Gesellschaft - aufgegeben. Er schützt willkürlich nur einen Gläubiger, der im Vergleich zu anderen Gesellschaftsgläubigern keinen besonderen Schutz verdient. Die These, die Haftungsbeschränkung könne zum Tragen kommen, soweit der Gläubiger Ersatz erlangt habe, enthält einen Gedankenfehler, denn es gibt keinen einzelnen Gesellschaftsgläubiger, der im

---

1) Reinfeld, S. 10, 102 f

2) Reinfeld, S. 10 f

3) Reinfeld, S. 102

Zusammenhang mit einem Regreßansprüch der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer besonders schutzwürdig wäre. Hat die Gesellschaft z.B. wegen eines für sie schädlichen Geschäftsabschlusses ihres Geschäftsführers mit einem Dritten gegen ihren Geschäftsführer einen Schadensersatzanspruch, dann hat nicht dieser Dritte ein Interesse daran, daß die Gesellschaft einen Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer hat. Er wird in der Regel gar keinen Schaden, sondern als Kehrseite des Schadens der Gesellschaft vielmehr einen Vorteil haben. Als mögliche schutzwürdige Gesellschaftsgläubiger, die geschädigt werden könnten, falls die Gesellschaft keinen Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer hat, kommen nur solche in Betracht, die aus einem sonstigen Grunde einen Anspruch gegen die Gesellschaft haben und an einem Rückgriff auf den Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer im Wege einer Pfändung und Überweisung interessiert sind.

Die Möglichkeit der relativen Haftungsbeschränkung - wie Reinfeld vorgeschlagen hat - führt also nicht zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger in der Gesamtheit, sondern begünstigt ohne Grund jemanden, dem möglicherweise überhaupt kein Anspruch gegen die Gesellschaft zusteht.

Da in § 43 I GmbHG also nicht mit Rücksicht auf mögliche Gesellschaftsgläubiger zwingend ein Haftungsmaßstab für den Geschäftsführer einer GmbH festgelegt ist, besteht auch aus diesem Grunde keine Veranlassung, diesem Haftungsmaßstab im Rahmen

einer GmbH & Co KG das Übergewicht einzuräumen.

5. Eigener Lösungsvorschlag im Anschluß an die herrschende Meinung

Die These lautet, daß § 43 GmbHG bei einer personalistischen GmbH & Co KG auf einen Gesellschafter-geschäftsführer keine Anwendung findet.

Wenn sich die Gesellschafter auf der Grundlage persönlichen Vertrauens zusammenschließen, wenn also der Person jedes einzelnen besondere Bedeutung zukommt, so ist davon auszugehen, daß ein Gesellschafter-geschäftsführer gegenüber den Mitgesellschaftern lediglich die Pflicht hat, sich so zu verhalten, wie er es in eigenen Angelegenheiten zu tun gewohnt ist. Als Haftungsmaßstab ist also grundsätzlich nur die für die Personengesellschaften vorgesehene Regelung des § 708 BGB angemessen. Insoweit kann auch der herrschenden Meinung zugestimmt werden, nach der sich in einer GmbH & Co KG der Haftungsmaßstab des Personengesellschaftsrechts im Ergebnis durchsetzt.[1] Etwas anderes gilt nur insoweit, als einem GmbH-Geschäftsführer gerade mit Rücksicht auf mögliche Gläubiger der GmbH kraft Gesetzes besondere Pflichten obliegen, z.B. die Pflicht, in eigener Verantwortung auf die Wahrung des Stammkapitals zu achten. Der Gesetzgeber hebt die Unabhängigkeit des Geschäftsführers vom Willen der Gesellschafter dadurch hervor, daß in diesen Fällen eine Haftung selbst dann nicht entfällt, wenn der Geschäftsführer in Übereinstimmung mit einem Gesellschafterbeschluß gehandelt hat.[2]

---

1) Vgl. oben S. 206f

2) Vgl. §§ 42 II, III GmbHG; Winkler, S. 32; Küster, S. 35

Dieser schärfere Haftungsmaßstab kann auch nicht durch die enge personelle Bindung der Gesellschafter untereinander gemildert werden. Soweit ein Gesellschafter-geschäftsführer gegen die in § 30 GmbHG (Verringerung des Stammkapitals) und § 33 GmbHG (Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft) enthaltenen Verbote verstößt, kann er sich nicht auf das Privileg der eigenüblichen Sorgfalt berufen. Der dem schärferen Haftungsmaßstab unterliegende Tätigkeitsbereich führt jedoch in einer GmbH & Co KG zu keinen weiteren Zweifelsfragen, da die Erhaltung des Stammkapitals ein Internum der GmbH ist, wodurch die Rechtsverhältnisse in der KG nicht betroffen werden.

Soweit ein Nichtgesellschafter die Geschäfte der GmbH & Co KG führt, besteht kein Anlaß, die Regelung des GmbHG in Richtung auf die eigenübliche Sorgfalt zu mildern. Auch in einer Personengesellschaft kommt einem Fremdgeschäftsführer nicht der mildere Haftungsmaßstab des § 708 BGB zugute.

## G. Wettbewerbsverbot

Das GmbH-Gesetz enthält kein Wettbewerbsverbot. Die Kommanditisten einer KG entbindet § 165 HGB ausdrücklich von einer Wettbewerbsbeschränkung. Somit besteht eine Gleichbehandlung von GmbH-Gesellschafter und Kommanditist.[1] Vom Wortlaut des

---

1) Im Gegensatz zu einem OHG-Gesellschafter, der neben seinem Kapital in der Regel auch die eigene Arbeitskraft in die Gesellschaft einbringt, nähern sich ein Kommanditist und ein GmbH-Gesellschafter stärker einem Aktionär, der nur sein Kapital zur Verfügung stellt. Wer nur sein Kapital, nicht die eigene Tätigkeit einbringt, an der Geschäftsführung nicht teilnimmt und daher über die geschäftlichen Verhältnisse nicht informiert ist, der soll grundsätzlich keiner Wettbewerbsbeschränkung unterliegen. Denn nur wer wirklich über intime Kenntnis der Geschäfte einer Gesellschaft verfügt, kann wettbewerbsmäßig gefährlich werden. Das ist in der Regel bei einem Kommanditisten oder einem GmbH-Gesellschafter nicht der Fall.

Gesetzes her kann es daher auch im Rahmen einer GmbH & Co KG nicht zu einer Kollision zwischen GmbH- und KG-Recht kommen.

Allerdings haben Rechtsprechung und Literatur über den Gesetzeswortlaut hinaus auch für Kommanditisten und GmbH-Gesellschafter ein Wettbewerbsverbot für die Fälle entwickelt, in denen ihnen die Geschäftsführung übertragen ist oder sie auch nur tatsächlich die Möglichkeit oder das Recht zur Kenntnisnahme und Einsicht in die Geschäftsführung haben.[1] Unabhängig von der Art der Gesellschafterstellung besteht danach für das einzelne Gesellschaftsmitglied sowohl in einer GmbH als auch einer KG ein Wettbewerbsverbot, soweit es einen im Vergleich zum Normalstatut gesteigerten Einblick in die Geschäftsführung hat.[2] Der Umfang des Verbots richtet sich im Einzelfall nach der Intensität des Einflusses bzw. der Einsicht.

Auch durch die Weiterentwicklung der Rechtsprechung, die in Einzelfällen zur Annahme eines Wettbewerbsverbotes führt, kann also in einer GmbH & Co KG keine Kollision auftreten, da GmbH-Gesellschafter und Kommanditist insoweit gleich behandelt werden.

Im Bereich des Wettbewerbs bleibt jedoch noch zu bedenken, daß zwar die die Geschäfte der KG führende GmbH-Komplementärin einem Wettbewerbsverbot zugunsten der KG unterliegt, der in der GmbH tätige

---

1) Das Wettbewerbsverbot leitet H.M. Schmidt aus der Treuepflicht her, GmbHR 1960, S. 140; Seydel meint, das Wettbewerbsverbot könne u.U. als vereinbart gelten, GmbHR 1950, S. 154; Scholz stützt das Wettbewerbsverbot auf eine ergänzende Vertragsauslegung, GmbHG § 3 Rn. 20

2) Sudhoff, GmbH & Co KG, S. 219; Schlegelberger, § 165 Anm. 1

Geschäftsführer jedoch selbst keine Wettbewerbsbeschränkung zugunsten der KG zu beachten braucht, da er mit ihr unmittelbar nicht in rechtlicher Beziehung steht. Da die Komplementär-GmbH jedoch nur durch ihren Geschäftsführer handeln und so ihrer Komplementärstellung gerecht werden kann, trifft sie im Rahmen der KG die Pflicht, das ihr obliegende Wettbewerbsverbot an die natürlichen Personen weiterzugeben, die ihre und damit die Geschäfte der KG führen. Die GmbH hat dafür Sorge zu tragen, daß ihr Geschäftsführer der KG keinen Wettbewerb macht.

Damit ergibt sich für den mittelbaren Geschäftsführer in der GmbH & Co KG zugunsten beider Teilgesellschaften ein Wettbewerbsverbot nur kraft Vereinbarung - ausdrücklich oder stillschweigend - mit der GmbH.

## 5. Kapitel

## Die Kollisionsfälle in einer nicht-identischen personalistischen GmbH & Co KG

Die Vielfalt der Erscheinungsformen der GmbH & Co KG bringt es mit sich, daß die vorliegende Untersuchung sich beispielhaft auf Grundtypen beschränken muß.[1] Die bisher vorgeschlagenen Lösungen bezogen sich auf die Kollisionsfälle in einer personalistischen GmbH & Co KG, deren Gesellschafter in GmbH und KG personengleich sind.[2] Im folgenden sollen typische Fälle untersucht werden, in denen - ebenfalls bei personalistischer Grundstruktur - diese Mitgliederidentität nicht besteht.[3] Oben wurde schon dargelegt, daß und aus welchem Grund auch diese beispielhaft behandelten Fälle personalistischen Charakter aufweisen.[4] Bei der nicht-identischen GmbH & Co KG sind zwei Grundformen zu unterscheiden:

- die Mitglieder in beiden "Teilgesellschaften" sind völlig personenverschieden oder
- ein Gesellschafter oder einige sind an beiden Gesellschaften beteiligt, während im übrigen keine Personenidentität besteht.

Der zuerst genannte Fall der nicht-identischen GmbH & Co KG soll zunächst behandelt werden. Die daran

1) Vgl. oben S. 5, 29

2) Vgl. oben S. 29

3) Zur identischen und nicht-identischen GmbH & Co KG vgl. oben S. 18

4) Vgl. oben S. 30

entwickelten Grundsätze ergeben dann zusammen mit den Ausführungen zur identischen GmbH & Co KG die Lösung für den zweiten Fall, in dem teilweise eine Identität besteht.

## A. Die nicht-identische personalistische GmbH & Co KG, wenn kein Gesellschafter sowohl Mitglied der GmbH als auch der KG ist

### I. Allgemeine Grundsätze zur Lösung der Kollisionsfälle

Hesselmann hat zwei anschauliche Beispiele der hier zu besprechenden Gestaltung der GmbH & Co KG beschrieben:

Ein Textilkaufmann will mit Hilfe einer ausländischen Bank ein Kaufhaus aufbauen. Die Bank hat genügend Vertrauen zu den Fachkenntnissen und der Integrität des Kaufmannes, daß sie bereit ist, sich auf die Hingabe von Kapital zu beschränken und ihn unabhängig die Geschäfte führen zu lassen. Die Gründung einer GmbH kommt aus besonderen Gründen nicht in Betracht - infolge des geringen Kapitals des Kaufmannes müßte für ihn ein mindestens elffaches Stimmrecht vereinbart werden.

Da eine Vollhaftung eines Beteiligten auf jeden Fall verhindert werden soll, gründen der Kaufmann und die Bank eine GmbH & Co KG: die Bank übernimmt die Kommanditistenstellung, während der Textilkaufmann im Rahmen einer neu gegründeten Ein-Mann-GmbH als Komplementär eintritt.[1)]

Zwei Diplom-Landwirte und ein Kaufmann gründen mit einer landwirtschaftlichen Genossenschaft eine GmbH & Co KG zum Zwecke der Errichtung, des Betriebes und der Verpachtung von Milchgaststätten. Die Genossenschaft wird Kommanditist, die drei Fachleute übernehmen als GmbH-Gesellschafter die Geschäftsführung.[2)]

Auch die nicht-identische personalistische GmbH & Co KG verbindet zwei Organisationsformen unterschiedlicher

---

1) Hesselmann, Handbuch, S. 44

2) Hesselmann, Handbuch, S. 46

Struktur - eine Körperschaft und eine Personengesellschaft - zu einer neuen Organisationsform für ein einheitliches Unternehmen. Die Beispiele zeigen, daß die nicht-identische GmbH & Co KG in dieser Gestaltungsform stark dem vom Gesetzgeber entworfenen Grundtypus der KG ähnelt: sie verbindet Kapitalgeber und persönlich tätige Unternehmer - mit der Besonderheit, daß der tätige Unternehmer nicht die persönliche Haftung zu übernehmen braucht. Die Rechtsform der GmbH ist gleichsam ein Kleid, das der tätige Unternehmer sich anlegt, bevor er mit den übrigen Gesellschaftern die KG gründet. Mit der Ähnlichkeit zu einer normalen KG ist impliziert - auch das wird an den Beispielen deutlich -, daß das personalistische Element nicht so streng durchgeführt ist wie in einer OHG. Soweit der Kommanditist betroffen ist, treten kapitalistische Züge hinzu. Mit dieser Einschränkung handelt es sich auch bei den dargestellten Beispielen um personalistische Gesellschaften - insbesondere in Richtung auf die GmbH-Gesellschafter, da zumindest für die Kapitalgeber das Vertrauen zu den persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen der GmbH-Gesellschafter bei der Gesellschaftsgründung entscheidend ist.

Die Einheitlichkeit und Zusammengehörigkeit von GmbH und KG - d.h. die "Verfassung" der GmbH & Co KG [1] - wird durch die dispositiven Vorschriften des GmbH- und des KG-Rechts nicht so augenfällig bedroht, wie es in der identischen GmbH & Co KG der Fall ist. Der Grund liegt darin, daß in der identischen GmbH & Co KG Teilbereiche eines jeden gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses, wie z.B. die Fragen des Einflusses auf die Geschäfts-

1) Vgl. dazu oben S. 15o ff

führung, die Wahl des Geschäftsführers usw. nur im Rahmen einer Gesellschaft - in der GmbH - geregelt werden, [1] während im Unterschied dazu in der nicht-identischen GmbH & Co KG in der GmbH nur das "Innenleben" eines Gesellschafters oder einiger Gesellschafter geregelt ist. Damit, so könnte man folgernd, werde die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG - deren Verfassung - von den dispositiven im Rahmen der GmbH geltenden gesetzlichen Regelungen nicht berührt. Das trifft jedoch z.B. in der Frage der Gesellschaftsdauer nicht zu. Durch Verkürzung der Gesellschaftsdauer in der GmbH, d.h. dadurch daß der oder die GmbH-Gesellschafter durch satzungsändernden Beschluß mit Dreiviertelmehrheit die Auflösung der GmbH beschließen, ist die KG ihres persönlich haftenden Gesellschafters beraubt. Sie müßte sich dann mangels eines persönlich haftenden Gesellschafters ebenfalls auflösen, auch wenn nach dem KG-Vertrag eine Beendigung zu diesem Zeitpunkt nicht vorgesehen ist. Zwar könnten die Kommanditisten eine andere GmbH als Komplementärin aufnehmen. Dieser Ausweg muß jedoch hier bei der Suche nach Lösungen, die die Rechtsordnung bietet, außer Betracht bleiben, da er auf der Eigeninitiative der Beteiligten beruht und aus Kosten- oder sonstigen Gründen nicht in jedem Fall gangbar ist. [2]

Die Kollision von dispositivem GmbH- und KG-Recht in der nicht-identischen GmbH & Co KG tritt dagegen eindeutig im Hinblick auf die personalistische Struktur

---

1) Vgl. oben S. 150 ff

2) Vgl. oben S. 182

zutage.[1] Die personalistische Grundlage würde durch ein Gesellschafterwechsel in der GmbH zerstört. Der Zutritt eines Dritten könnte z.B. dadurch erfolgen, daß in der GmbH aufgrund der dispositiven Vorschriften ein oder mehrere neue Gesellschafter aufgenommen werden oder der bisherige Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil abtritt. Dies widerspricht der Tatsache, daß die Gesellschaft im Hinblick auf bestimmte Personen auf der Basis gegenseitigen Vertrauens gegründet worden ist.

Die Einheitlichkeit in der nicht-identischen GmbH & Co KG wird also aufgrund dispositiver Vorschriften in erster Linie insoweit gefährdet, als ein Mitgliederwechsel in der GmbH möglich ist.

Der Ansatzpunkt für die Lösung der möglichen Kollisionsfälle ist ein anderer als in der identischen GmbH & Co KG. Der Grund wird deutlich, soweit man die - "richtige" - vertragliche Gestaltung einer nicht-identischen mit der einer identischen GmbH & Co KG vergleicht, bei der die möglichen Kollisionen zwischen GmbH- und KG-Recht vermieden worden sind. Eine "Verzahnung"[2] entfällt bei der nicht-identischen GmbH & Co KG; den Gesellschaftern die einheitliche Ausübung von zwei Mitgliedschaften aufzuerlegen, erübrigt sich, da die Gesellschafter von GmbH und KG verschiedene Personen sind. Auch eine "Abstimmung"[3] in dem für die identische GmbH & Co KG erforderlichen Sinne ist nicht erforderlich. Denn ist z.B. die Mitgliedschaft in der GmbH kraft "Abstimmung" der Gesellschaftsverträge gleichermaßen unabtretbar wie in

---

1) Zur Unterscheidung personalistische Struktur und Funktionseinheit vgl. oben S. 145, 150

2) Vgl. oben S. 3

3) Vgl. oben S. 3

der KG oder ist die Auflösung nur einstimmig wie im Recht der Personengesellschaft von allen GmbH-Gesellschaftern zu beschließen, so könnten doch der oder die GmbH-Gesellschafter gemeinsam immer noch anders verfahren, als es der personalistischen Grundlage und der Einheitlichkeit der GmbH & Co KG in ihrer Gesamtheit entspricht. Eine die Kollisionen vermeidende Vertragsgestaltung erfordert damit zusätzliche Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern der GmbH auf der einen und der KG auf der anderen Seite, nicht eine bestimmte Vertragsgestaltung unter den GmbH-Gesellschaftern im Rahmen der GmbH oder unter den Kommanditisten in der KG. Bei mangelnder vertraglicher Gestaltung ergibt sich in der identischen GmbH & Co KG die Lösung der Kollisionsfälle aus einer Angleichung der sowohl in der GmbH als auch der KG zwischen allen Gesellschaftern bestehenden Rechtsbeziehungen. Eine derartige Anpassung einer gesetzlich bestehenden Rechtsbeziehung scheidet in der nicht-identischen GmbH & Co KG aus, denn rein äußerlich bestehen zwischen den GmbH-Gesellschaftern und den Kommanditisten keine Rechtsbeziehungen, da die GmbH-Gesellschafter nicht gleichzeitig Kommanditisten und umgekehrt die Kommanditisten nicht an der GmbH beteiligt sind. Rechtlich haben es die Kommanditisten nur mit der von ihren Mitgliedern verselbständigten juristischen Person der GmbH zu tun.

Man könnte meinen, die Kommanditisten müßten sich wie jeder andere, der im Rechtsleben mit einer juristischen Person kontrahiert, damit abfinden, daß sie auf deren innere Verhältnisse keinen Einfluß nehmen können und Rechtsbeziehungen zu deren Gesellschaftern

nicht bestehen. Dem steht jedoch entgegen, daß die Interessenlage bei der Gründung einer personalistischen nicht-identischen GmbH & Co KG die gleiche wie bei einer personalistischen identischen GmbH & Co KG oder einer normalen KG oder OHG sein kann. Es kontrahieren in der Regel nicht Kommanditisten mit einer juristischen Person, sondern alle Beteiligten der GmbH & Co KG beschließen, eine gesellschaftsrechtliche Organisation auf die Art aufzubauen, daß ein Teil von ihnen Mitglieder einer GmbH werden, mit der die übrigen eine KG bilden. Dies kann auch in der Entstehungsgeschichte dadurch zum Ausdruck kommen, daß die Beteiligten zunächst erwägen, eine KG, OHG oder GmbH zu gründen. Auf die Konstruktion einer nicht-identischen GmbH & Co KG stoßen sie dann erst aufgrund besonderen Rates aus steuerlichen oder haftungsrechtlichen oder sonstigen Gesichtspunkten. Wäre es bei einer "einfachen" Gesellschaftsform geblieben, dann bestänen keine Zweifel, daß die Beteiligten durch ein Gemeinschaftsverhältnis persönlicher Art im Rahmen dieser Gesellschaft untereinander gebunden wären. So unterlägen sie auch in der personalistischen (Einzel-) GmbH der Treuepflicht. Hätten sie eine identische GmbH & Co KG gewählt, dann wäre auch nicht zweifelhaft, daß sie entsprechend der obigen Ausführungen verpflichtet wären, die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG zu wahren. Nach alledem würden es die Beteiligten nicht verstehen, wollte man ihnen erklären, allein die Wahl der nicht identischen GmbH & Co KG habe dazu geführt, daß nun zwischen den Kommanditisten und den GmbH-Gesellschaftern persönlich keine rechtlichen Beziehungen beständen, für die GmbH-Gesellschafter sei allein die

gesetzliche Ordnung des GmbH-Rechts maßgeblich.

Es liegt der Gedanke nahe, daß trotz Zwischenschaltung der GmbH unmittelbare rechtliche Beziehungen zwischen allen Gesellschaftern der GmbH & Co KG fortbestehen. Es wäre willkürlich, wollte man nur bei Bestehen unmittelbarer gesellschaftsvertraglicher Beziehungen zusätzliche Pflichten, die nicht im Gesetz normiert sind, anerkennen, wie oben für die einzelnen Kollisionsfälle in der personalistischen identischen GmbH & Co KG vorgeschlagen wurde. Wenn man, wie oben im einzelnen ausgeführt wurde, davon ausgeht, daß aufgrund der besonderen Interessenlage in der GmbH & Co KG besondere Pflichten auch entgegen dispositiver gesetzlicher Vorschriften entstehen können, so müssen solche zusätzlichen Pflichten mit vergleichbarem Inhalt - gerichtet auf die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG - auch dort bestehen, wo die Gesellschafter aus Gründen, die in keinem inneren Zusammenhang zur Stärke ihres persönlichen Verhältnisses zueinander und zu dem Zweck ihres Zusammenschlusses stehen, die Form einer nicht-identischen GmbH & Co KG wählen und sie nur eine Beteiligung in der GmbH oder der KG übernehmen.

Die auf die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG gerichteten Pflichten sind in der identischen GmbH & Co KG vertraglicher Natur. Eine besondere Qualifikation ist dort nicht erforderlich. Sie stellen eine Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Rahmen der Fortbildung des dispositiven Rechts oder der ergänzenden Vertragsauslegung in der GmbH oder der KG dar.[1)]

1) Vgl. oben S. 66 ff, 71 ff

Bei der nicht-identischen GmbH & Co KG ist die Situation anders, da ein Rechtsverhältnis, in das dann diese Pflichten eingegliedert werden könnten, nicht vorliegt.

Es stellt sich die Frage, wie die Pflichten, die sich auf die Erhaltung der Einheitlichkeit der GmbH & Co KG beziehen, einzuordnen sind.

Die Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern der GmbH & Co KG lassen sich nicht als eine BGB-Gesellschaft "hinter" der GmbH & Co KG qualifizieren. Zwar könnte man sich einen Gesellschaftszweck einer BGB-Gesellschaft denken, der den Betrieb eines Unternehmens in Form einer nicht-identischen GmbH & Co KG zum Gegenstand hat. Dieser Gesellschaftszweck wäre auch zulässig. Es ist jedoch nichts damit gewonnen. Einmal betrifft die Mehrzahl der Normen der §§ 705 ff BGB einen anderen Sachverhalt. Das gilt im Hinblick auf die Zuordnung des Vermögens, die Haftung und die innere Organisation. Zum anderen besteht gerade bezüglich der Fragen, die gesetzlich in §§ 705 ff BGB geregelt sind, keine Veranlassung, von der Regelung des GmbH- oder KG-Rechts abzuweichen, während sich im Hinblick auf die Wahrung der Einheitlichkeit aus den gesetzlichen Vorschriften über die BGB-Gesellschaft keine Regelungen entnehmen lassen.

Dem Ziel, die Gesellschafter auf die Einheitlichkeit der nicht-identischen GmbH & Co KG sowohl personell als auch funktionell zu verpflichten, wird kein bestimmtes gesetzliches Rechtsverhältnis gerecht. Im folgenden kann es nur darum gehen, anhand der einzelnen Kollisionsfälle zu prüfen, wie eine vernünftige, die Einheitlichkeit der Gesellschaft wahrende Lösung aussehen muß. Wenn die

Lösung sich auch nicht aus einer bestimmten gesetzlichen Rechtsform ergibt, so kann doch weitgehend auf für personalistische Gesellschaften geltende Grundsätze zurückgegriffen werden. Aus der Summe der Einzellösungen ergibt sich dann der Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten einer personalistischen nicht-identischen GmbH & Co KG. Ihrer Natur nach handelt es sich um vertragliche Rechtsbeziehungen, die ähnlich wie im Falle eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses - bekanntlich sind die aus einer "culpa in contrahendo" entstehenden Ansprüche vertraglicher Natur - aufgrund der tatsächlichen zwischen den Beteiligten bestehenden Interessenlage, wie sie in der Gründung der nicht-identischen GmbH & Co KG zum Ausdruck kommt, entstehen.

Bei der folgenden Behandlung der einzelnen Kollisionsfälle in der personalistischen nicht-identischen GmbH & Co KG kann weitgehend auf Gesichtspunkte zurückgegriffen werden, die schon bei der identischen GmbH & Co KG erörtert wurden.

## II. Die einzelnen Kollisionsfälle

### 1. Abtretung, Pfändung, Verpfändung und Neuaufnahme durch Kapitalerhöhung

Durch Abtretung eines Gesellschaftsanteiles, dessen Pfändung, Verpfändung bzw. durch eine Neuaufnahme eines Gesellschafters im Rahmen der GmbH kann ein Dritter[1)] in die GmbH eindringen und, da der GmbH die Geschäftsführung in der GmbH & Co KG obliegt, deren Geschäftsführung beeinflussen. Das widerspricht in einer personalistischen nicht-identischen GmbH & Co KG dem persön-

1) Vgl. oben S. 149

lichen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander,[1] insbesondere soweit es zu dem bzw. den mittelbar geschäftsführenden GmbH-Gesellschaftern besteht.[2] Die Begründung ergibt sich im einzelnen aus den früheren Ausführungen zur identischen GmbH & Co KG Aufgrund des zwischen allen Gesellschaftern bestehenden Vertrauensverhältnisses sind die GmbH-Gesellschafter verpflichtet, den Eintritt eines neuen Gesellschafters in die GmbH nicht herbeizuführen bzw. vorher das Einverständnis aller Kommanditisten einzuholen. Dieser sich au der Interessenlage kraft Fortbildung des dispositiven Rechts oder der ergänzenden Vertragsauslegung ergebend schuldrechtliche Anspruch[4] hindert jedoch nicht, daß die

---

1) Eine Beeinträchtigung der Verfassung der Gesellschaft in der Art, wie sie in der identischen GmbH & Co KG bei Neueintritt eines GmbH-Gesellschafters auftritt, (vgl. oben S.122ff)liegt dagegen nicht vor, da die Verfassung der Gesellschaft, das gesellschaftsrechtliche Grundverhältnis über den Personenwechsel bzw. den Neueintritt hinaus nicht verändert wird (vgl. oben S. 121

2) Anders ist es, wenn die Kommanditisten reine Geldgeber und an den inneren Verhältnissen der GmbH nicht interessiert sind bzw. wenn die GmbH-Gesellschafter ihrerseits u.U. ein Interesse daran haben, daß die Kommanditisten ihnen in ihre Gesellschafterverhältnisse nicht "hineinreden". Dieser Fall bleibt hier jedoch außer Betracht. Den Ausführungen liegt vielmehr eine Interessenlage zugrunde, wie sie in den oben dargestellten Beispielen von Hesselmann zutage tritt: alle Beteiligten in der GmbH & Co KG haben sich aufgrund persönlichen Vertrauens zueinander zusammengeschlossen - ähnlich wie in dem Regelfall, den der Gesetzgeber sich für die KG vorstellte, in der es dem Komplementär auch nicht freigestellt ist, seine Befugnisse auf einen weiteren Komplementär zu übertragen oder ganz aus der Gesellschaft auszuscheiden.

3) Vgl. oben S. 145 ff

4) Wegen der theoretischen Einzelheiten vgl. oben S. 61 ff 71 ff

dingliche Seite einer Anteilsabtretung, Pfändung, Verpfändung bzw. einer Neuaufnahme allein nach GmbH-Recht zu beurteilen ist mit der Folge, daß die entsprechenden Geschäfte, falls sie vorgenommen werden, wirksam sind. Ist ein Fremder Mitglied der GmbH geworden, so steht den Kommanditisten grundsätzlich gegen ihren "Mitgesellschafter" in der GmbH ein Schadensersatzanspruch mit dem Inhalt zu, daß die alte Rechtslage wieder hergestellt wird. Daneben können sie auch möglicherweise Rechte gegenüber dem Neugesellschafter geltend machen. Die rechtlichen und praktischen Folgen eines Neueintritts in die GmbH hängen im einzelnen davon ab, auf welchem Wege der Neugesellschafter in die GmbH gelangt ist. Dabei ist zwischen den Fällen der Abtretung, Verpfändung, Pfändung und Neuaufnahme,ferner nach der Zahl der Gesellschafter in der GmbH und deren Mitwirkung anläßlich der Neuaufnahme zu unterscheiden.

a) Rechtliche Folgen, wenn die GmbH aus einem Gesellschafter besteht.[1)]

aa) Abtretung

Der Anspruch gegen den ausgeschiedenen GmbH-Gesellschafter auf Wiederherstellung des vor seinem Ausscheiden bestehenden Zustandes wird nicht durchzusetzen sein, soweit er auf Rückerwerb der Mitgliedschaft gerichtet ist. Der Neugesellschafter wird seinen Anteil freiwillig wohl kaum zurückgewähren. Der Anspruch ist dann auf Ersatz des Schadens in Geld gerichtet.

Daneben werden sich in der Regel aus der Entstehungs-

1) Ein praktisches Beispiel stellt der oben wiedergegebene Fall von Hesselmann dar, vgl. oben S. 22o unter Hinweis auf Hesselmann, Handbuch, S. 44

geschichte der GmbH & Co KG genügend Anhaltspunkte dafür finden, daß alle Beteiligten ein besonderes Interesse an der Geschäftsführung gerade durch den GmbH-Gesellschafter haben. Wie in einer OHG oder KG erscheint die Geschäftsführung durch ihn als eine wesentliche Voraussetzung der Gründung der nicht identischen GmbH & Co KG - sowohl aus dessen eigener Sicht als auch aus der der "Mitgesellschafter". In diesen Fällen trifft den GmbH-Gesellschafter aufgrund der allen Beteiligten bekannten und von ihnen anerkannten Interessenlage persönlich gegenüber den Kommanditisten die Pflicht zur Geschäftsführung, der er sich durch Übertragung seiner Mitgliedschaft an der GmbH nicht entziehen kann. Die Kommanditisten können ihn also auch nach seinem Ausscheiden auf Vornahme der Geschäftsführung verklagen.

Damit stellt sich die Frage des Verhältnisses zur Komplementär-GmbH und deren Recht und Pflicht zur Geschäftsführung, die sich aus ihrer Gesellschafterstellung ergibt, in der GmbH & Co KG. Eine Geschäftsführung durch den Altgesellschafter zusammen mit der GmbH, d.h. deren Neugesellschafter, scheidet aus, da die Kommanditisten den Neugesellschafter nicht mit der Geschäftsführung beauftragt haben und in einem personalistischen Zusammenschluß die Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen auf Dritte nicht möglich ist.[1)] Es ist an einen Ausschluß der GmbH zu denken. Nach der Regelung des Personengesellschaftsrechts kann ein Gesellschafter bei wichtigen in seiner Person liegenden Gründen ausgeschlossen werden (§§ 140, 133 HGB). Die Auswechslung eines Gesellschafters in der

---

1) Vgl. Schlegelberger - Geßler, § 114 Anm. 11 ff. Nur untergeordnete Tätigkeiten können übertragen werden.

GmbH stellt in der hier behandelten Form der GmbH & Co KG einen wichtigen Grund dar, der es den Mitgesellschaftern unzumutbar macht, mit der GmbH das Gesellschaftsverhältnis fortzusetzen. Sie könnten die GmbH daher ausschließen. Dem stehen schutzwürdige Interessen des Neugesellschafters der GmbH nicht entgegen, denn er muß damit rechnen, daß das Schicksal der GmbH von dem Gesellschaftsvertrag der KG und den in der KG geltenden Rechtsvorschriften abhängig ist. Auch ist er durch mögliche Ersatzansprüche gegen den Altgesellschafter ausreichend geschützt. Wird die GmbH ausgeschlossen, so sind die Kommanditisten allerdings gezwungen, einen neuen Komplementär einzusetzen. Das werden sie nach wirtschaftlichen Überlegungen entscheiden.

bb) Verpfändung

Nach Verwertung des Pfandrechts durch Veräußerung an einen Dritten ist die Rechtslage dieselbe wie im Falle der Abtretung.[1)]

Vor der Verwertung können die Kommanditisten u.U. der Gefahr, die in einem Gesellschafterwechsel liegt, zuvorkommen, indem sie die GmbH schon ausschließen, wenn die Verwertung unmittelbar bevorsteht bzw. mit Sicherheit zu erwarten ist.[2)]

cc) Pfändung

Für den Fall der Pfändung ist in § 141 HGB eine Ausschlußmöglichkeit vorgesehen, soweit der Gesellschaftsanteil der GmbH gepfändet wird. Erfolgt dagegen eine

---

1) Vgl. oben S. 230 unter aa)

2) Vgl. dazu die Ausführungen zur identischen GmbH & Co KG oben S. 168

Pfändung des Anteils des GmbH-Gesellschafters, so ist die Rechtslage dieselbe wie im Falle der Verpfändung.[1)]

dd) Kapitalerhöhung

Ein Ausschluß des Neugesellschafters aus der GmbH wird praktisch nicht in Betracht kommen, da der Alleingesellschafter, der den Aufnahmebeschluß selbst herbeigeführt hat, nicht selbst ein Ausschlußverfahren in Gang bringen wird. Sollte er es auf Verlangen der Kommanditisten tun, so fehlt es an den materiellen Voraussetzungen eines Ausschlusses des Neugesellschafters. Der Altgesellschafter, der den Neugesellschafter zunächst wirksam in die GmbH aufgenommen hat, kann ihn nicht deswegen wiederum ausschließen, weil er selbst mit der Neuaufnahme gegen eine ihm obliegende schuldrechtliche Verpflichtung verstoßen hat.

Es besteht dagegen grundsätzlich die Möglichkeit, die GmbH aus wichtigem Grund aus der KG auszuschließen. Allerdings ist zu bedenken, daß ein Ausschluß nur den letzten Ausweg darstellt, wenn eine andere Lösung den Beteiligten nicht zumutbar ist. Die Neuaufnahme eines Gesellschafters in die GmbH kann ganz unterschiedliche Folgen für die GmbH & Co KG haben. Das eine Extrem liegt dort, wo der Neugesellschafter mit einer geringen Beteiligung ohne Geschäftsführungsbefugnisse und nennenswerten Einfluß auf die Geschäftsführung der GmbH und damit der GmbH & Co KG die Kommanditisten nicht beeinträchtigt - das andere dort, wo er praktisch allein über die Geschicke der GmbH und damit über die Geschäftsführung der KG bestimmt, da der Altgesell-

1) Vgl. oben unter bb)

schafter ganz in den Hintergrund getreten ist. Ob der Ausschluß der GmbH aus wichtigem Grund die einzige Möglichkeit darstellt, den durch Neuaufnahme eines Gesellschafters entstandenen Konflikt zu lösen, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

b) Rechtliche Folgen, wenn die GmbH aus mehreren Gesellschaftern besteht

Zur Klarstellung sei zunächst darauf verwiesen, daß auch in diesem Fall alle Gesellschafter der GmbH auf der einen und alle der KG auf der anderen Seite personenverschieden sind. Ferner besteht auch hier zwischen allen Beteiligten ein persönliches Vertrauensverhältnis ähnlich dem in einer OHG oder KG. Der Unterschied zum vorherigen Fall besteht darin, daß die GmbH nicht einen, sondern mehrere Gesellschafter hat.[1] Im Rahmen dieser Fallgestaltung sind verschiedene Kombinationen möglich. Hier soll davon ausgegangen werden, daß alle GmbH-Gesellschafter auch Geschäftsführer sind und daß sie damit gemeinsam die Geschicke der KG lenken.

Als Lösungsmöglichkeiten bieten sich einmal diejenigen an, die im vorangegangenen Fall schon besprochen wurden. Sie knüpfen daran an, daß alle Beteiligten sich als Personen gegenüberstehen und Rechtsbeziehungen zwischen ihnen nicht durch die Zwischenschaltung der GmbH ausgeschlossen sind. Die Ausführungen lassen sich auf die möglichen Kollisionsfälle übertragen, wenn alle GmbH-Gesellschafter gemeinsam gegen ihnen obliegende Pflichten verstoßen, wenn sie z.B. einstimmig

1) Vgl. das dargestellte Beispiel von Hesselmann oben S. 22o unter Hinweis auf Hesselmann, Handbuch, S. 46

einen neuen Gesellschafter in die GmbH aufnehmen oder alle ihren Gesellschaftsanteil abtreten. Dann kann jeder einzelne so behandelt werden, wie es oben für den Alleingesellschafter vorgeschlagen wurde. Außerdem lassen sich auch die für die GmbH in ihrer Gesamtheit gezogenen rechtlichen Konsequenzen, wie z.B. deren Ausschluß aus der GmbH & Co KG übertragen, wenn alle GmbH-Gesellschafter gemeinsam oder aber jeder für sich in gleicher Weise tätig geworden sind.

Neue Gesichtspunkte sind zu berücksichtigen, wenn nur ein GmbH-Gesellschafter seine Mitgliedschaft abgetreten hat oder nur mit einer Dreiviertelmehrheit ein neuer Gesellschafter aufgenommen worden ist. Dann haben nur einzelne GmbH-Gesellschafter rechtswidrig gehandelt. Soweit daraus Ansprüche gegen sie persönlich herzuleiten sind - die Pflicht, weiterhin geschäftsführend tätig zu sein oder die Pflicht, Schadensersatz zu leisten - läßt sich zwar auf das bisherige verweisen. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Auswirkungen sich auf die GmbH als Komplementärin ergeben. Kann sie ausgeschlossen werden wegen Verstößen einzelner ihrer Gesellschafter? Sollte das nicht der Fall sein, ist die GmbH dann als Komplementärin der GmbH & Co KG oder sind die GmbH-Gesellschafter, die nicht pflichtwidrig gehandelt haben, gehalten, den Neugesellschafter aus der GmbH auszuschließen?

Im folgenden werden nur Gesichtspunkte behandelt, die sich nicht schon ohne weiteres aus den bisherigen Ausführungen ergeben. Ergeben sich Begründungen aus früheren Ausführungen, wird darauf verwiesen.

aa) Abtretung

Im Verhältnis der GmbH-Gesellschafter untereinander sind ihre Anteile an der GmbH aufgrund des personalistischen Zuschnitts der GmbH unabtretbar. Erwirbt ein Dritter im Wege der Abtretung die Mitgliedschaft, so ist die Abtretung zwar wirksam, es liegen jedoch die Voraussetzungen für einen Ausschluß des Neugesellschafters aus wichtigem Grund vor.[1] Der auszuschließende Neugesellschafter ist ausreichend dadurch geschützt, daß der Ausschluß erst mit Auszahlung seines Kapitalanteils wirksam wird.[2]

Allein der Neueintritt eines Gesellschafters in die GmbH rechtfertigt noch nicht den Ausschluß der GmbH aus der GmbH & Co KG. Es ist zunächst eine Lösung des Konfliktes zu suchen, die weniger einschneidende Folgen wie ein Ausschluß hat. Sie könnte darin bestehen, daß die Altgesellschafter allein die Geschäfte der GmbH und damit der KG führen. Dann werden möglicherweise die Kommanditisten nicht mehr dadurch beeinträchtigt, daß die GmbH einen neuen Gesellschafter hat und die Altgesellschafter der GmbH ihren Gewinnanteil mit diesem teilen. Andererseits könnte der Neugesellschafter aufgrund seiner GmbH-Mitgliedschaft gleichwohl noch Einsichtsmöglichkeiten in die Verhältnisse der KG haben, die den Kommanditisten nicht zumutbar sind. Eine Entscheidung ist nur im Einzelfall möglich. Bevor die GmbH in ihrer Gesamtheit ausgeschlossen werden könnte, ist den Altgesellschaftern die Möglichkeit zu geben, ihrerseits den Neugesellschafter aus der GmbH auszu-

1) Vgl. oben S. 155 ff

2) Vgl. oben S. 156

schließen.[1]

bb) Verpfändung und Pfändung

Es kann auf die früheren Ausführungen und die vorstehenden zur Abtretung verwiesen werden.[2]

cc) Neuaufnahme durch Kapitalerhöhung

Ein Ausschluß des Neugesellschafters aus der GmbH aus wichtigem Grund ist hier - anders als im Fall der Abtretung - nicht möglich.[3] Hier kann die Beeinträchtigung der personalistischen Struktur der GmbH & Co KG nur dadurch wieder herbeigeführt werden, daß die GmbH aus der GmbH & Co KG insgesamt ausgeschlossen wird.

2. Auflösung und Fortsetzung durch Beschluß

Konnte in der identischen GmbH & Co KG aufgrund der Normalstatuten eine Dreiviertelmehrheit die Gesamtgesellschaft auflösen, so tritt in der nicht-identischen GmbH & Co KG die Kollision noch stärker hervor als die geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter eine besondere Machtposition bezüglich der Auflösung haben. Am deutlichsten wird diese Situation bei der Ein-Mann-GmbH im Rahmen der GmbH & Co KG. So könnte z.B. in dem ersten oben dargestellten Beispiel der Textilkaufmann,[4] unabhängig von einer vereinbarten Gesellschaftsdauer der GmbH & Co KG, die Auflösung der GmbH beschließen und damit aus dem gesellschaftlichen Zusammenschluß mit der Bank völlig ausscheiden. Mangels eines

---

1) Vgl. oben S. 155 ff

2) Vgl. oben S. 168 ff, 172 ff, 236

3) Vgl. oben S. 181, 158 f

4) Vgl. oben S. 22o

Komplementärs müßte dann wohl auch die KG aufgelöst werden.

Bei der Wahl einer normalen, vom Gesetzgeber vorgesehenen Gesellschaftsform wäre ein solches Vorgehen eines einzelnen Gesellschafters undenkbar. Die vertraglich vereinbarte Dauer wäre für alle Gesellschafter bindend bzw. könnte in der GmbH nur eine Dreiviertelmehrheit der Gesellschafter eine Auflösung beschließen, während dazu in einer Personengesellschaft ein einstimmiger Beschluß erforderlich wäre. Die einem Alleingesellschafter der GmbH zustehenden Befugnisse darf dieser nicht mißbräuchlich ausnutzen. Bei einem Zusammenschluß in einer nicht-identischen personalistischen GmbH & Co KG müssen die Kommanditisten darauf vertrauen können, daß ihre "Mitgesellschafter" in der GmbH eine Auflösung der Gesellschaft nach den Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts nur mit Zustimmung aller Kommanditisten herbeiführen.

Daneben ist es den GmbH-Gesellschaftern unbenommen, die GmbH aufzulösen, soweit eine vertragliche oder gesetzliche Kündigung seitens der GmbH möglich ist. Für den Fall, daß die KG auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, bedeutet das: nach vorheriger Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten kann die GmbH zum Ende eines Geschäftsjahres aufgelöst werden, § 132 HGB. Ist im Rahmen der KG eine Vertragsdauer vereinbart, dann dürfen die GmbH-Gesellschafter nicht die GmbH vorher auflösen und dadurch die GmbH aus der KG herauslösen.

### 3. Kollisionen im Geschäftsführungsbereich

Die nicht-identische GmbH & Co KG wird gerade aus dem Grunde als Gesellschaftsform gewählt, damit die die Geschäfte führenden GmbH-Gesellschafter möglichst unabhängig sind. Die Beteiligten bezwecken mit der Gründung, daß das Verhältnis der Geschäftsführer untereinander nach den Vorschriften des GmbH-Gesetzes

abgewickelt wird. Andererseits läßt sich bei Fehlen besonderer Anhaltspunkte nicht davon ausgehen, daß die Kommanditisten auf die ihnen im Normalstatut einer KG eingeräumten Überwachungs- und Einsichtsrecht bezüglich der Geschäftsführung verzichten wollen.

Im Bereich der Geschäftsführung ist nicht ersichtlich, daß die Geltung der dispositiven Vorschriften von KG und GmbH schädliche Auswirkungen für die Einheitlichkeit der GmbH & Co KG haben könnte.

B. Die nicht-identische personalistische GmbH & Co KG, wenn ein oder einzelne Gesellschafter an der GmbH und an der KG beteiligt sind

Bisher wurden die Kollisionen zwischen dispositivem GmbH- und KG-Recht an zwei Grundformen der personalistischen GmbH & Co KG untersucht: der identischen GmbH & Co KG mit völliger Personen- und Beteiligungsgleichheit in beiden "Teilgesellschaften" und der nicht-identischen GmbH & Co KG, in der alle GmbH-Gesellschafter und alle Kommanditisten personenverschieden sind.

Beide Formen können derart kombiniert auftreten, daß ein oder einige Beteiligte Gesellschafter beider Gesellschaften sind, während die übrigen nur Mitglied jeweils einer Gesellschaft sind. Eine solche Gestaltung wird dann nicht gewählt, wenn die Beteiligten sich zu einer echten Tätigkeitsgemeinschaft aller zusammenschließen wollen. Auch wenn sich im wesentlichen nur gleichberechtigte Kapitalgeber und eine oder mehrere gleichberechtigte tätige - u.U. mittellose - Personen ver-

binden, wird sich die hier zu behandelnde Form der nicht-identischen GmbH & Co KG nicht anbieten; klarere Verhältnisse werden dann dadurch geschaffen, daß die Kapitalgeber nur Kommanditisten, die Geschäftsführer dagegen nur GmbH-Gesellschafter werden. Stehen sich aber mehr als zwei Gruppen von Beteiligten gegenüber, die sich im Punkte Kapitalbeteiligung, des Umfangs der Mitarbeit und des Einflusses unterscheiden, dann kann es sich empfehlen, eine Mischform zwischen identischer und nicht-identischer GmbH & Co KG zu gründen.

Eine mehr oder weniger typische Interessenlage läßt sich für diese Form der nicht-identischen GmbH & Co KG nicht umschreiben. In dem für die vorliegenden Erörterungen abgesteckten Rahmen ist jedoch davon auszugehen, daß sich die Beteiligten auf der Grundlage persönlichen Vertrauens ähnlich dem in einer OHG oder KG zusammengeschlossen haben.

Durch die Geltung der dispositiven Vorschriften können auch hier Kollisionen im Hinblick auf die personelle Grundlage und die Funktionseinheit der GmbH & Co KG auftreten. Das gilt z.B. für den Fall einer Anteilsabtretung oder der Kapitalerhöhung - wenn dadurch in die GmbH ein neuer Gesellschafter eintritt - oder der Auflösung der GmbH durch satzungsändernden Beschluß.

Im einzelnen kann auf die Kollisionsfälle in der identischen und nicht-identischen (in der oben behandelten Form) GmbH & Co KG und die dort vorgeschlagenen Lösungen verwiesen werden.

Soweit ein Beteiligter nur Mitglied einer Gesellschaft ist, gelten die obigen Ausführungen zur nicht-identischen

GmbH & Co KG entsprechend. Soweit ein "Doppelgesellschafter" betroffen ist, können auch die Überlegungen zur identischen GmbH & Co KG herangezogen werden. Hat z.B ein Doppelgesellschafter seine GmbH-Beteiligung abgetreten, dann kann das ein Grund sein, ihn aus der KG auszuschließen. Außerdem kann möglicherweise die GmbH aus der KG ausgeschlossen werden, weil sie ein neues Mitglied, das die Geschäftsführung beeinflussen kann, aufgenommen hat.

## 6. Kapitel

## Ergebnis

Die Kollisionen zwischen den Normalstatuten des GmbH- und des KG-Rechts sind in der personalistischen GmbH & Co KG weitgehend auszuschalten, zumindest zu mildern - methodisch durch Fortbildung des dispositiven Rechts, soweit die Entscheidung generellen, grundsätzlichen Charakter hat oder durch ergänzende Vertragsauslegung, soweit eine Kollisionslösung für den Einzelfall gesucht wird.

In der Lösung liegt eine Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

Die Lösung besteht weitgehend darin, daß gesetzliche Regeln oder Grundsätze des Personengesellschaftsrechts an die Stelle von dispositiven Vorschriften des GmbH-Rechts treten (in Fällen der mangelnden "Abstimmung"), daß (Neben-) Pflichten im Rahmen der GmbH oder KG bestehen (in Fällen der mangelnden "Verzahnung") oder daß zwischen den Gesellschaftern in GmbH und KG vertragliche Beziehungen angenommen werden (in Fällen der nicht-identischen GmbH & Co KG).

Aus der Beschränkung der Lösungsvorschläge auf die personalistische GmbH & Co KG ergibt sich deren Grenze. Sie bauen auf der personalistischen Struktur und der Funktionseinheit von GmbH und KG auf.[1] Schwierigkeiten bereitet in der Praxis die Feststellung der personalistischen Struktur, d.h. insbesondere die Antwort auf die Frage, ob

1) Ob man die hier gewonnenen Ergebnisse auch allein aus der Funktionseinheit herleiten kann, ist eine Frage, die für die Behandlung der Kollisionsfälle in körperschaftlich geprägten GmbH & Co KGs von Bedeutung ist.

die personalistische Struktur in einem solchen Maße ausgeprägt ist, daß ein Abweichen von dispositiven körperschaftlich geprägten Vorschriften gerechtfertigt ist. In der Vertragspraxis sollte man versuchen, die Verträge von GmbH und KG möglichst weitgehend abzustimmen und zu verzahnen. Bleiben gleichwohl einzelne Punkte unberücksichtigt, so ist es dann für einen Richter leichter, aufgrund Fortbildung des dispositiven Rechts oder ergänzender Vertragsauslegung in nichterfaßten Punkten eine Abstimmung oder Verzahnung herbeizuführen.

# Lebenslauf

Am 9.12.1942 wurde ich in Ihmert/Kreis Iserlohn als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Schmidt-Ruthenbeck und seiner Ehefrau Vera, geb. Ruthenbeck, geboren.

Nach dem Abitur an dem humanistischen Landfermann-Gymnasium in Duisburg begann ich im Sommer des Jahres 1962 mit dem juristischen Studium in München, das ich später in Münster fortsetzte.

Das erste juristische Staatsexamen legte ich beim OLG Hamm im Juni 1967 ab. Nach der Referendarzeit folgte das Assessorexamen im Juni 1971 beim OLG Düsseldorf.

Seit dem 2. Examen arbeite ich in einem Unternehmen des Lebensmittelgroßhandels.

Am 23.9.1972 heiratete ich die Textilentwerferin Renate Bröcker.